

Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

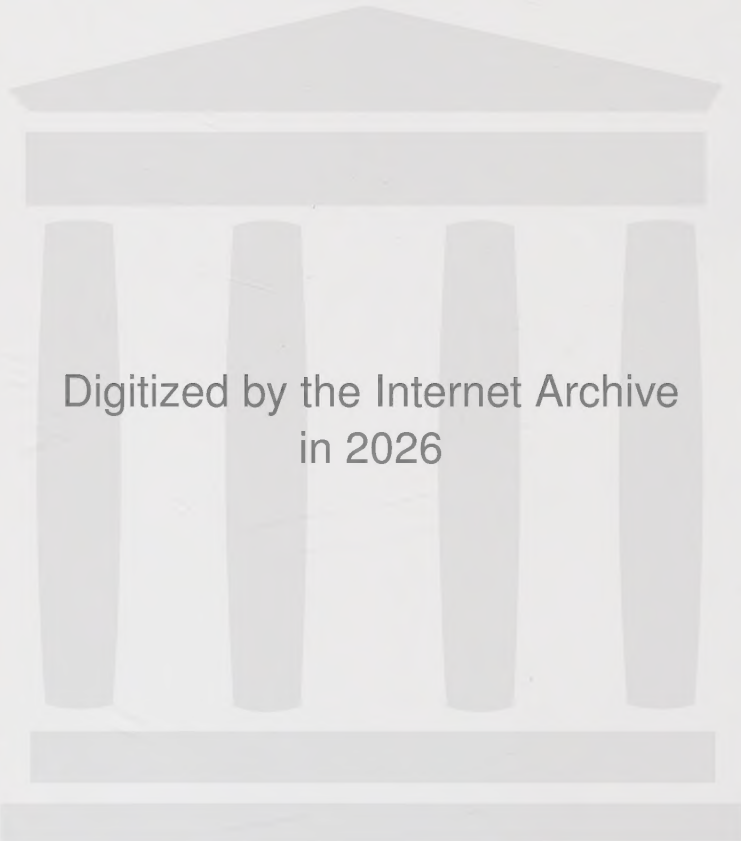
HUGO RENZ
von Ettingen (BL)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder



Juris Druck + Verlag Zürich

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

HUGO RENZ
von Ettingen (BL)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder



Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. November 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



ISBN 3 260 04575 9

Die vorliegende Dissertation entstand auf Anregung und unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Edwin Schweingruber, Bern, dem ich auch an dieser Stelle für seine wertvollen Ratschläge bestens danken möchte. Des weiteren möchte ich auch dem Referenten, Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder, für die Durchsicht und Begutachtung dieser Arbeit danken.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XI
 EINLEITUNG	 1
I. Zweck der Arbeit	1
II. Aufbau	1
 ERSTER TEIL	
§ 1 BEGRIFF, RECHTSNATUR UND RECHTSWIRKUNGEN DER SALDOQUITTUNG	3
I. Der Begriff "Saldoquittung"	3
1. Vorbemerkung	3
2. Die Umschreibung der "Saldoquittung" in der Literatur	3
3. Das Wort "Saldoquittung"	5
II. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Saldoquittung	7
1. Die Saldoquittung in ihrer Eigenschaft als Empfangs- bestätigung (Quittung)	7
a) Die Rechtsnatur der Quittung im allgemeinen	7
b) Die zur Willenserklärung denaturierte Quittung	9
c) Die Entkräftung der Quittung	9
2. Die Saldoquittung als schuldaufhebender Vertrag	10
a) Das negative Schuldanerkennntnis	11
b) Der Erlass	12
c) Die Abgrenzung zwischen Erlass und nega- tivem Schuldanerkennntnis	16
3. Zusammenfassung	18
4. Anhang: Der Erlass als abstraktes Rechtsgeschäft	19
a) Problemstellung	19
b) Die formale und die materielle Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes	20
c) Die praktische Bedeutung der Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes	21

d.	Die Abstraktheit beim Vergleich	23
§ 2	PROBLEMATIK UND SCHRANKEN DER SALDOQUITTUNG IM ARBEITSVERHAELTNIS	26
I.	Die Funktion der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis	26
1.	Die Funktion der Saldoquittung im allgemeinen	26
2.	Zur "Rechtfertigung" der Saldoquittung im Arbeits- verhältnis	28
II.	Die Problematik der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis	30
1.	Die Einseitigkeit der Interessenlage	31
2.	Die Einseitigkeit des Kräfteverhältnisses	32
3.	Die Gefahr von Missverständnissen	33
III.	Die Schranken der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis	34
1.	Die allgemeinen Normen des Obligationenrechts	34
2.	Die besonderen Schranken aus dem Arbeitsrecht	35
§ 3	DIE SALDOQUITTUNG UND DAS VERTRAUENSPRINZIP	39
I.	Die Frage nach dem Konsens	39
1.	Allgemeines	39
a)	Die Ausgangslage	39
b)	Die ungelesen oder unverstanden unterzeich- nete Urkunde	39
2.	Die ungelesen oder unverstanden unterzeichnete Saldoquittung im Arbeitsrecht	41
a)	Anwendbarkeit und Grenzen des Vertrauens- prinzips	41
b)	Der Wortlaut der Saldoquittung	41
c)	Die äussere Gestaltung der Urkunde und der Kontext	43
d)	Die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers	44
e)	Die näheren Begleitumstände	46
3.	Zur Aufklärungspflicht des Arbeitgebers	48
II.	Die Abgrenzung zur Berufung auf Willensmängel	51

1. Allgemeines	51
2. Zur Frage des Irrtums	52
3. Zur Frage der Täuschung	56
4. Zur Frage der Furchterregung	57
III. Die Auslegung	60
1. Allgemeines	60
2. Die Elemente der Auslegung	62
a) Das primäre Auslegungselement	62
b) Die sekundären Auslegungselemente	63

ZWEITER TEIL

EINLEITUNG	65
------------	----

§ 4 DIE FAKTISCHEN UND RECHTLICHEN SCHRANKEN DER VERTRAGSFREIHEIT IM ARBEITSRECHT	69
I. Zur Fragestellung	69
II. Die Vertragsfreiheit und ihre Schranken im allgemeinen	70
1. Die Vertragsfreiheit	70
2. Die Schranken der Vertragsfreiheit	71
a) Allgemeines	71
b) Die faktischen Schranken der Vertragsfreiheit	72
c) Die juristischen Schranken der Vertragsfreiheit	73
III. Die Rechtfertigung der juristischen Schranken im Arbeitsrecht	75
1. Die Ausgangslage	75
2. Die für das Arbeitsverhältnis typische Abhängigkeit des Arbeitnehmers	76
a) Allgemeines	76
b) Die persönliche und betriebliche Abhängigkeit	77
c) Die wirtschaftliche Abhängigkeit	78
d) Die intellektuelle Abhängigkeit	79
3. Der Schutz der Arbeitnehmer als gesellschaftliches Postulat	80

IV.	Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers und das Verzichtsvorbot	82
1.	Die Abhängigkeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses	83
2.	Die Abhängigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	84
§ 5	DIE FRAGE DER UNVERZICHTBARKEIT GEMAESS ART 323 OR VON 1911	87
I.	Die Aufnahme des Gesamtarbeitsvertrages in das Schweizerische Obligationenrecht	87
II.	Normative und schuldrechtliche Bestimmungen eines GAV	88
1.	Die normativen Bestimmungen	89
2.	Die schuldrechtlichen Bestimmungen	89
III.	Die Unabdingbarkeit der normativen Bestimmungen	90
1.	Die Bestimmungen von Art 323 OR (1911)	90
2.	Unabdingbarkeit und Verzichtbarkeit	92
§ 6	DIE REVISION VON ART 323 OR IM JAHRE 1956	95
I.	Die Revision des GAV-Rechts von 1956	95
II.	Der revidierte Art 323 OR (1956) im einzelnen	96
III.	Die Problematik von Art 323 Abs 3 OR (1956)	99
1.	Zustandekommen	99
2.	Die rechts-dogmatischen Bedenken	101
3.	Die rechts-systematischen Bedenken	101
4.	Die Bedenken praktischer Natur	102
IV.	Die Bedeutung von Art 323 Abs 3 OR (1956)	105
§ 7	DIE PRIVILEGIERUNG DES GAV DURCH ART 323 ABS 3 OR (1956)	106
I.	Zur Fragestellung	106
II.	Das Verzichtsvorbot von Art 323 Abs 3 OR (1956) im Interesse der Arbeitnehmer-Verbände	107
1.	Die Durchsetzbarkeit der normativen Bestimmungen eines GAV	107

2.	Das Verzichtsverbot als Mittel zur Durchsetzung der normativen GAV-Bestimmungen	109
III.	Das Verzichtsverbot von Art 323 Abs 1 OR (1956) im Interesse der gesamten Arbeitsordnung	111
§ 8	DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART 341 OR (1971)	114
I.	Vorbemerkung	114
II.	Die Entstehungsgeschichte von Art 341 OR im einzelnen	115
§ 9	DIE BESTIMMUNGEN VON ART 341 ABS 1 OR IM EINZELNEN	121
I.	Die Behandlung von Art 341 OR in der arbeitsrechtlichen Literatur und Judikatur	121
II.	Der Wortlaut von Art 341 Abs 1 OR	122
III.	Zum Begriff der "Unverzichtbarkeit"	123
IV.	Die "unverzichtbaren" Forderungen	125
1.	Abschnitt: Die Forderungen aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes	125
1.	Allgemeines	125
a)	Die zwingenden Vorschriften des Zehnten Titels OR	125
b)	Die zwingenden Vorschriften in der arbeitsvertraglichen Spezialgesetzgebung	128
c)	Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts	130
2.	Einzelfragen	133
a)	Lohnverzicht und Kurzarbeit	134
b)	Die vorzeitige, vereinbarte Vertragsauflösung	137
aa)	Sachverhalt und Beziehung zu Art 341 OR	137
bb)	Die vorzeitige Vertragsauflösung als Umgehung	139
cc)	Schranken der Gültigkeit einer vorzeitigen Vertragsauflösung	140
2.	Abschnitt: Die Forderungen aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages	142
1.	Die objektive Voraussetzung	142
2.	Die subjektive Voraussetzung	142

V.	Die zeitlich begrenzte Wirkung von Art 341 Abs 1 OR	143
1.	Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses	143
a)	Der Beginn des Arbeitsverhältnisses	143
b)	Das Ende des Arbeitsverhältnisses	145
2.	Die Dauer der Nachfrist	147
VI.	Art 341 Abs 1 OR als relativ zwingende Norm	147
1.	Die Verrechnung und der Vergleich	148
2.	Die Verlängerung der Sperrfrist	150
VII.	Anhang: Der Geltungsbereich des Zehnten Titels OR	152
1.	Allgemeines	152
2.	Die Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst	153
§ 10	DER VORBEHALT DER VERJAEHRUNG IN ART 341 ABS 2 OR	155
I.	Missverständnisse bei der Auslegung des Verzichts- verbots	155
II.	Der unzulässige Umkehrschluss bei der Interpretation von Art 341 Abs 1 OR	157
III.	Die "Klarstellungs"-Funktion des 2. Absatzes von Art 341 OR	158
§ 11	DIE RECHTSFOLGE IM FALLE EINES ART 341 ABS 1 OR ZUWIDERLAUFENDEN VERZICHTS: ANFECHTBARKEIT ODER NICHTIGKEIT?	159
I.	Zur Fragestellung	159
II.	Zu den Begriffen	161
1.	Die Nichtigkeit	161
2.	Die einseitige Unverbindlichkeit bzw. die Anfecht- barkeit	163
a)	Die Anfechtbarkeit (im engeren Sinne)	163
b)	Die einseitige Unverbindlichkeit	163
III.	Die Art der Ungültigkeit im Falle von Art 341 Abs 1 OR	164
1.	Der Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung	165
2.	Der Unterschied im Vergleich zu Art 226c Abs 1 OR (Abzahlungsvertrag)	168

IV.	Schlussfolgerung	173
§ 12	ART 341 OR UND DAS "STILLSCHWEIGEN DES ARBEIT- NEHMERS"	174
I.	Abgrenzung und Problemstellung	174
II.	Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss im Allgemeinen	176
1.	Der Begriff "Schweigen"	176
2.	Das Schweigen auf eine Offerte	177
III.	Das Schweigen des Arbeitnehmers auf eine Erlass- offerte des Arbeitgebers	178
1.	Die besondere Natur des Geschäftes	179
2.	Die näheren Umstände	180
IV.	Das Schweigen und die vorausgehende Verzichtsabrede	181
1.	Sachverhalt	181
2.	Fall A	182
3.	Fall B	183
§ 13	DAS VERZICHTSVERBOT UND DIE VERWIRKUNG	185
I.	Zum Begriff der Verwirkung	185
II.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verwirkung im allgemeinen	187
III.	Die Frage der Verwirkung im deutschen Tarifrecht	190
1.	Die Bestimmung von § 4 Abs 4 TVG	190
2.	Die Frage einer "Verwirkung" trotz § 4 Abs 4 TVG	191
3.	Folgerungen für das schweizerische Arbeitsrecht	193
IV.	Die Verwirkung im Bereich des Arbeitsrechts	195
1.	Die besonderen Gegebenheiten im Arbeitsverhältnis	195
2.	Das Zeitmoment	197
3.	Die Unzumutbarkeit für den Schuldner (Arbeitgeber)	199
4.	Das illoyale Verhalten des Gläubigers (Arbeitnehmer)	203
V.	Die Verwirkung und die Saldoquittung	205

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a. a. O.	am aufgeführten Ort
Abs	Absatz
AGE	Entscheide des Basler Appellationsgerichts
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
Anm.	Anmerkung
Art	Artikel
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, Köln
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht, Heidelberg 1946 ff
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel 1954 ff
DB	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Düsseldorf
Diss.	Dissertation
d. V.	der Verfasser
f	und folgende (Seite)
ff	und folgende (Seiten)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Gew. G.	Gewerbegericht

IV	Invalidenversicherung
JB	Jahresbericht
Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera
N	Note (Randnote)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, München
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich, 1904 ff
SmlgArbEntsch	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide
sog.	sogenannt
Sten. Bulletin	Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates/des Ständerates
StR	Ständerat
SUVAL	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
TVG	(Deutsches) Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949
u. E.	unseres Erachtens
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vrg.	Vereinigung
WR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts, Zürich, 1949 ff
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1864/65
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

Ziff.	Ziffer
Zit.	Zitat
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung Zürich 1902 ff
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 1852 ff; neue Folge 1882 ff

LITERATURVERZEICHNIS

- Althof Rudolf, Probleme der Ausgleichsquittung, AuR 16 Jg. 1968, S. 289 ff.
- Arregger Otto, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Diss. Bern 1974.
- Basedau Dierk, Nochmals: Probleme der Ausgleichsquittung, BB 1969, S. 1316 ff.
- Becker H., Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. und 2. Abteilung, Bern 1941 und 1934.
- Berger Hans, Die Saldoquittung in der Versicherung, Schweizerische Versicherungszeitschrift, 15. Jg. 1947, S. 193 ff und 225 ff.
- Blens-Vandiek M., Probleme der Ausgleichsquittung, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1971, S. 282.
- Boos Roman, Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht - OblR Art. 322 u. 323, München/Leipzig 1916.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29. Januar 1967, BBl 1954 I 125 ff. (zit. Botschaft 1954).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241 ff. (zit. Botschaft 1967).
- Brinkmann D., Grundsätzliches zur Stellung des Arbeiters im Betrieb, WR 4 (1952), S. 204 ff.
- Brox Hans, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Stuttgart/Berlin/Köln 1967.
- Büchi Willy, Aktualisierung der christlichen Soziallehre in der schweizerischen Wirtschafts- und Sozialpolitik, WR 11 (1959), S. 33 ff.
- von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184 - 551), Zürich 1972.

- Burckhardt Lukas, Das Problem des Rechtsschutzes im Gesamtarbeitsvertrag, dargestellt an den Basler Gesamtarbeitsverträgen, WR 2 (1950), S. 48 ff.
- Burckhardt Walter, Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Buser Walter, Das Bundesgesetz über die Ordnung des Arbeitsverhältnisses vom 27. Juni 1919, Diss. Bern 1962.
- Calomiris Demetrius, Der normative Teil des Tarifvertrages, unter Berücksichtigung des belgischen, französischen, griechischen, österreichischen und schweizerischen Tarifrechts, Diss. München 1955.
- Creifelds Carl, Rechtswörterbuch, 3. A., München 1973.
- Daxelhofer Hans, Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 OR), Diss. Bern 1976.
- Depuoz Louis, Der Tarifvertrag nach Schweizer-Recht, Diss. Zürich 1926.
- Derron Leonhard, Das Arbeitsverhältnis im Rechtssystem, WR 7 (1955), S. 28 ff.
- Eichholzer Eduard, Aus der Geschichte des schweizerischen Gesamtarbeitsvertrages, ZSR 83 (1964), S. 41 ff (zit. Eichholzer, Gesamtarbeitsvertrag).
- Endemann Helmut, Die Grenzen des Verbotes einer Verwirkung von Tarifansprüchen, AuR 3. Jg. 1955, S. 106 ff.
- Fick, F., Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. I (Titel 1 - 22), Zürich 1915.
- Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1965.
- Frey Erich, Anmerkungen zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 25. Sept. 1969, AuR 18. Jg. 1970, S. 158 ff.
- Germann O.A., Grundlagen der Rechtswissenschaft - Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe, Bern 1950.
- von Gierke Otto, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., Schuldrecht, München/Leipzig 1917.

- Giger Hans, Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts, Zürich 1972.
- Gilomen Hermann, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem OR, Diss. Bern 1950.
- Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A. Zürich 1972.
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A. Zürich 1958.
- Gysin Arnold, Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93 (1957), S. 417 ff (zit. Gysin, Gesamtarbeitsvertrag).
- Grundsätzliches zur Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht im Arbeitsrecht, ZBJV 87 (1951), S. 49 ff.
- Hausheer Heinz, Die AVE von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, Referate SJV 1976, Heft 2, S. 227 ff.
- Hirt Carl Emanuel, Der Erlassvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1943.
- Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Dritter Bd., Basel 1889.
- Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I und II, 7. A., Berlin und Frankfurt a.M. 1963 und 1967.
- Hug Walther, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WR 6 (1954), S. 117 ff (zit. Hug, Gesamtarbeitsvertrag).
- Jacobi Erwin, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
- Kaskel/Dersch, Arbeitsrecht, 5. A., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957.
- Kleiner Beat, Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen, Zürich 1972.
- Kraegeloh Walter, Das Verbot des Verzichts auf entstandene tarifliche Rechte, BB 1950, S. 239 f.
- Krönig, Die Ausgleichsquittung, Arbeitsrecht-Kartei Nr. 586, 1936.
- Kunz Markus, Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1970.

Küster Elisabeth, Probleme der Ausgleichsquittung, BB 1968, S. 1204 ff.

Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 9. A., Berlin 1964.

Lehner Othmar, Die Nichtigkeit rechtswidriger Verträge in der neueren Rechtspraxis, SJZ 52 (1956), S. 217 ff.

Meier-Hayoz Arthur, Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches, autorisierte Aufzeichnung einer Vorlesung durch H. Rausch, 2. A., Zürich 1966 (zit. Meier-Hayoz, Vorlesung).

- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitung, Art. 1, Bern 1962 (zit. Meier-Hayoz, Berner Kommentar).

- Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 49 (1953), S. 117 ff.

- Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948 (zit. Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip).

Merz Hans, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Festgabe für Schönenberger, Freiburg i. Ue. 1968, S. 137 ff, (zit. Merz, Festgabe Schönenberger).

- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitung, Art 2, Bern 1962 (zit. Merz, Berner Kommentar).

Molitor Erich, Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig/Erlangen 1925.

Nabholz Peter, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Diss. Zürich 1958.

Naegeli Eduard, Der Entwurf zu einem Gesamtarbeitsvertragsgesetz, WR 3 (1951), S. 53 ff.

Nef Urs, Gemeinschaftsverhältnis und Eingliederungstheorie; zwei neue Begriffe im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, SJZ 67 (1971), S. 238 ff.

Neumann Dirk, Rechtsfragen zur Ausgleichsquittung, DB 1960, S. 1453 ff.

Nikisch Arthur, Arbeitsrecht, I. Bd., Allgemeine Lehren, 2. A., Tübingen 1955.

Oehmann, Die Ausgleichsquittung, Arbeitsrecht-Blattei (AR 42) vom 30.11.1953.

Oftinger Karl, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR (NF) 58 (1939), S. 178 ff.

- Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1969 (zit. Oftinger, Bundesgerichtspraxis).
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 2.A., Zürich 1958.
- Die ungelesen unterzeichneten Urkunden und verwandte Tatbestände, in Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius, S. 236 ff, Basel 1955 (zit. Oftinger, Festgabe Simonius).
- Die Vertragsfreiheit, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 327 ff (zit. Oftinger, Vertragsfreiheit).
- Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 37 (1941), S. 225 ff u. 241 ff (zit. Oftinger, Staatsstruktur).

Orlando Danilo, Zur missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, SJZ 73 (1977), S. 197 ff.

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürich 1929.

Planck Gottlieb, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. II, 1. Hälfte, bearbeitet von H. Siber, Berlin 1914.

Rehbinder Manfred, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz, SJZ 73 (1977), S. 36 ff.

- Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Bern 1977

Rewolle/Lorentz, Arbeitsrecht leicht gemacht, Ein Lexikon des Arbeitsrechts, 15. A. 1971.

Schaub Günther, Arbeitsrechts-Handbuch, München 1972.

Scherrer W., Zur Entwicklung des Dienstvertragsrechts, WuR 7 (1955), S. 12 ff.

Schirmer Curt, Die Verletzung des Gesamtarbeitsvertrages nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung des deutschen Tarifrechts, Diss. Bern 1937.

- Schläpfer Max, Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1937.
- Schlessmann Karl, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, München 1965 (zit. Schlessmann, Die Kündigung).
- Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, München 1962.
- Schnyder Bernhard, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg i.Ue. 1960.
- Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V 1 a, Das Obligationenrecht, 2. Lieferung, 3. A., Zürich 1968.
- Schumacher Jost, Der Vertragsbruch nach neuem Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974.
- Schwartz Paul, Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts, Basel 1949.
- Schwedes Rolf, Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, Freiburg i.Br. 1971.
- Schweickhardt A., Das abstrakte Schuldbekenntnis nach Artikel 17 OR, ZBJV 72 (1936), S. 97 ff.
- Schweingruber Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Bern 1976 (zit. Schweingruber, Kommentar).
- Quittung, Saldoquittung, Verzicht auf gesetzlich und gesamtvertraglich geschützte Ansprüche des Arbeitnehmers, Gewerkschaftliche Rundschau, 65. Jg. 1972, Heft 5, S. 151 - 155 (zit. Schweingruber, Gewerkschaftliche Rundschau, 1972).
 - Das Arbeitsrecht, in Festgabe für Fritz Marbach, S. 429 ff, Bern 1962.
 - Sozialgesetzgebung der Schweiz, 2.A., Zürich 1977 (zit. Schweingruber, Sozialgesetzgebung).
 - Das Arbeitsrecht der Schweiz - Seine Gestalt und seine Gestaltung, 2.A., Zürich 1951 (zit. Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz).

Schweingruber Edwin, Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 83 (1947), S. 193 ff u. 241 ff (zit. Schweingruber, Entwicklungstendenzen).

- Die Entwicklung des Dienstvertrages durch die Gerichtspraxis, ZBJV 68 (1932), S. 201 ff u. 230 ff.
- Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, insbesondere nach den Allgemeinen Bestimmungen des OR, Diss. Bern 1930.

Schweingruber/Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 2. A., Bern 1972.

Schweingruber Hugo, Saldoquittungen im Dienstvertragsrecht, SJZ 46 (1950), S. 212.

Schweizerische Vereinigung für Sozialpolitik, Ausbau des Rechts der Gesamtarbeitsverträge, WR 2 (1950), S. 1 ff.

- Gesamtarbeitsvertrag und Sozialgesetzgebung, WR 4 (1952), S. 120 ff.

Simonius August, Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Basler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1942, S. 235 ff (zit. Simonius, Festgabe Basel 1942).

- Wandel der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Festgabe für Fritz Goetzing, Basel 1935, S. 240 ff, (zit. Simonius, Festgabe Goetzing).

Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, §§ 241 - 610, Wissenschaftliche Redaktion von Reimer Schmidt, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967.

Staudinger J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Einführungsgesetzen, II. Bd, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241 - 432, München/Berlin/Leipzig 1930.

Steiner Paul, Das Schweigen des Arbeitnehmers, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen, S. 273 ff.

Stofer Hellmut, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. A., Basel/Stuttgart 1972.

Streff Ullin, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, Das Bundesgesetz über den Arbeitsvertrag, OR 319 - 362 mit Kommentar für den Praktiker, 3. A., Glattbrugg/Zürich, 1974.

- Strub Helmut, Der Rechtsirrtum im Rahmen der modernen Irrtumslehre, insbesondere nach Art 24 Ziff. 4 des schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1956.
- Tröster Klaus, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, Diss. Freiburg i.Ue. 1965.
- Tschudi Hans Peter, Neue Entwicklungen im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 43 (1947), S. 33 ff.
- von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. A., Zürich 1974.
- von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 1. Lieferung, 3. A., Zürich 1974.
- von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Bd. I und II, Zürich 1942 und 1944 (zit. von Tuhr/Siegwart).
- Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975.
- Wehrli Peter, Die gemeinsame Durchführung des Gesamtarbeitsvertrages gemäss Art. 323 ter OR, Diss. Zürich 1961.
- Weder Herbert, Verzicht und Verwirkung im Arbeitsrecht, AuR 1953, S. 218 f.
- Weidmann Paul, Die soziale Entwicklung des zürcherischen Arbeitsrechts von 1815 - 1870, Zürich 1971.
- Vogler R., Die Wirkung von Ausgleichsquittungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Der Betrieb 1966, S. 1689 ff.
- Zanetti Bernardo, Die Bedeutung der Gesamtarbeitsverträge und ihr Verhältnis zur Sozialgesetzgebung, WR 3 (1951), S. 45 ff.

EINLEITUNG

I. Zweck dieser Arbeit

Die Saldoquittung kann als eine der umstrittensten Urkunden in der arbeitsrechtlichen Praxis bezeichnet werden. Meist stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer mit der Unterzeichnung der Saldoquittung nur den Empfang erhaltener Zahlungen bestätigen wollte, oder ob er gleichzeitig einem Verzicht auf weitere Forderungen zugestimmt hat. Nach dem Inkrafttreten des revidierten Zehnten Titels OR am 1. Januar 1972 hat dieses Problem allerdings an Bedeutung verloren, denn von dem neu in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht aufgenommenen Verbot von Art 341 OR werden Verzichte des Arbeitnehmers auf unabdingbare Forderungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung für ungültig erklärt.

Die vorliegende Arbeit möchte einem doppelten Zweck dienen: Zum einen sollen die Probleme der Saldoquittung sowie die Konsequenzen der neuen Bestimmung von Art 341 OR in der arbeitsrechtlichen Praxis behandelt werden. Zum andern möchten wir am Beispiel des Verzichtsverbotes gewisse generelle Entwicklungstendenzen im neuen schweizerischen Arbeitsrecht aufzeigen.

II. Aufbau

Der erste Teil befasst sich ausschliesslich mit der Saldoquittung. Eine Begriffsbestimmung und die Darstellung ihrer Rechtsnatur wird es ermöglichen, auch auf konkrete Fragen aus der arbeitsrechtlichen Praxis einzugehen. Es wird dabei die Problematik erkennbar, die der Saldoquittung im Bereich des Arbeitsrechts zukommt. Ausführlich diskutiert wird auch die Anwendbarkeit des Vertrauensprinzips im Zusammenhang mit der Frage der "Anfechtung" einer Saldoquittung.

Im zweiten Teil steht die Behandlung von Art 341 OR im Vordergrund. Ausgehend von der Feststellung, dass das Verzichtsverbot eine Einschränkung der Privatautonomie der am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien darstellt, wird vorerst generell auf die Schranken der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht eingegangen. Daran anschliessend wird die Entwicklung des Verzichtverbotes geschildert, das zuerst in der Literatur und Judikatur erkannt wurde, dann in das Recht vom Gesamtarbeitsvertrag Aufnahme gefunden und erst später als allgemeine Norm für das gesamte Arbeitsrecht Geltung erlangt hat. Auf eine nähere Darstellung des Inhalts von Art 341 OR folgt die Behandlung von Einzelfragen: Welches sind die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art 341 OR? Was ist vom sogenannten "stillschweigenden Verzicht" des Arbeitnehmers zu halten? Bleibt nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung noch Raum für eine Verwirkungseinrede?

ERSTER TEIL

§1 BEGRIFF, RECHTSNATUR UND RECHTSWIRKUNGEN DER SALDOQUITTUNG

I. Der Begriff "Saldoquittung"

1. Vorbemerkung

Gegenstand dieser Arbeit ist ein Rechtsgeschäft, das einen bestimmten Tatbestand und eine bestimmte Rechtsfolge umschliesst¹⁾ und in der schweizerischen Theorie und Praxis als Saldoquittung bezeichnet wird. Die Saldoquittung kann als "vor-positivrechtliche Erscheinung"²⁾ bezeichnet werden. Damit ist nicht etwa gemeint, dass es sich um einen übergesetzlichen Rechtsgrundsatz oder um eine ungeschriebene Gerechtigkeitsnorm im Sinne des Naturrechts handelt, sondern es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Begriff Saldoquittung durch logische Ableitung und ohne Definition durch den Gesetzgeber entwickelt hat³⁾.

2. Die Umschreibung der "Saldoquittung" in der Literatur

In der schweizerischen Literatur ist die Bestimmung oder besser die Umschreibung des Begriffs Saldoquittung kaum umstritten, was folgende Beispiele belegen können: "Wer per Saldo quittiert, erklärt zugleich, Leistung erhalten zu haben und mit dem Empfangenen zufrieden zu sein, gleich

1) Schönenberger/Jäggi, N 18 zu Art 1 OR: Das Rechtsgeschäft ist die "private Willenserklärung, die für sich allein oder mit anderen Tatbestandselementen bewirkt, dass sich eine Rechtslage gemäss dem erklärten Willen verändert. Der Begriff umschliesst einen Tatbestand und eine Rechtsfolge. Die Gestaltung ist sowohl als ein Tätigwerden (Erklären) zu verstehen wie auch als (rechtliches) Ergebnis dieses Vorganges."

2) Burckhardt, S. 75.

3) In Analogie zu Kleiner, S. 16.

was ihm in Wahrheit zustehe."⁴⁾ "Die Saldoquittung ist Bescheinigung für Zahlung und abschliessende Auseinandersetzung zwischen den Parteien unter Verzicht auf mögliche weitere Ansprüche und Gegenansprüche."⁵⁾

"Ueber den Inhalt der einfachen Quittung hinaus enthält die Saldoquittung regelmässig auch eine Willenserklärung, nämlich den Verzicht des Anspruchsberechtigten auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche aus demselben Schadenfall."⁶⁾

In der deutschen Literatur, die wir hier wie auch a. a. O. vergleichsweise beiziehen können⁷⁾, wird meist die erste Komponente, d. h. die Empfangsbestätigung unterdrückt, so z. B. bei Schlessmann⁸⁾ oder bei Creifelds⁹⁾; im übrigen entsprechen aber die dort angegebenen Definitionen durchaus unserer eigenen Begriffsbestimmung. Diese Frage, ob nun die Empfangsbestätigung mit zum Wesen einer Saldoquittung gehöre, scheint auch nicht von entscheidender Bedeutung zu sein, denn sowohl in der Dogmatik als auch in der Praxis ist es stets die zweite Komponente, d. h. der "Verzicht", der Anlass zur Diskussion und näheren Behandlung gibt¹⁰⁾.

4) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 359.

5) Schweingruber, Gewerkschaftliche Rundschau 1972, S. 152.

6) Berger, S. 195, mit Verweis auf BGE 68 II 186. – Siehe dazu auch Anm. 38, S. 12.

7) Im Vergleich zum nicht sehr ergiebigen schweizerischen Schrifttum zur Saldoquittung befasst sich die deutsche arbeitsrechtliche Literatur relativ häufig und ausführlich mit der Frage der "Ausgleichsquittung". Vgl. dazu die verschiedenen im Laufe dieser Arbeit zitierten deutschen Autoren.

8) Schlessmann, Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, S. 327: "Die Ausgleichsquittung ist die schriftliche Erklärung des Arbeitnehmers, keine Ansprüche mehr gegen den Arbeitgeber zu haben."

9) Creifelds, S. 98: "Die Ausgleichsquittung enthält in der Regel die Erklärung, dass der unterzeichnende Arbeitnehmer keine Ansprüche mehr habe." – In gleichem Sinne Schwedes, S. 221; Krönig, Arbeitsrechtskartei 586 vom 18.12.1936; Nikisch, S. 318 f.; Vogler, S. 1689.

10) In seiner Abhandlung "Probleme der Ausgleichsquittung", S. 289, schreibt Althof folgendes zu dieser Frage: "Das entscheidende Kriterium bei der Ausgleichsquittung liegt nicht im Empfangsbekenntnis, sondern darin, dass der Arbeitnehmer bestätigen soll, keine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gegen den Arbeitgeber mehr zu haben."

Für unsere Arbeit möchten wir folgende, vorerst auf den Tatbestand beschränkte¹¹⁾ Begriffsbestimmung festhalten: Die Saldoquittung ist jene doppelsinnige Erklärung des Gläubigers, mit der er bestätigt, Leistung empfangen zu haben (Quittung), und gleichzeitig erklärt, darüber hinaus gegen den Schuldner keine weiteren Forderungen (mehr) zu besitzen.

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass die Existenz einer Saldoquittung und damit die ihr eigene Rechtswirkung nicht an einen bestimmten äusseren Erklärungstatbestand, d.h. nicht an einen bestimmten Wortlaut geknüpft sind. So ist es beispielsweise nicht erforderlich, dass das Wort "Saldoquittung" in der Ueberschrift oder im Erklärungstext selbst verwendet wird¹²⁾. Es sind verschiedenste Formulierungen denkbar und verwendbar¹³⁾. Ob im konkreten Einzelfall der Erklärungstatbestand einer Saldoquittung vorliegt oder nicht, bestimmt sich primär nach dem Sinngehalt, den der allgemeine Sprachgebrauch den verwendeten Worten beilegt¹⁴⁾. Allerdings muss dabei der Grundsatz berücksichtigt werden, dass der blosse Wortlaut für sich allein nie als entscheidend angesehen werden darf, sondern dass gestützt auf das sog. Vertrauensprinzip immer auch die näheren Umstände beachtet werden müssen¹⁵⁾.

3. Das Wort "Saldoquittung"

Eben wurde ausgeführt, dass die Verwendung des Wortes "Saldoquittung" nicht erforderlich ist, um die entsprechenden Rechtswirkungen zu erzeugen. Andererseits ist jedoch der Sinngehalt dieses Ausdruckes, der sich aus den Elementen "Saldo" und "Quittung" zusammensetzt, nach dem all-

11) Die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen der Saldoquittung werden im zweiten Teil dieses Kapitels behandelt, siehe unten S. 7 ff.

12) Gew.G. Bern, JB 37, Nr. 56.

13) Siehe dazu S. 42.

14) Schönenberger/Jäggi, N 257 f zu Art 1 OR.

15) Siehe dazu § 3, S. 38 ff.

gemeinen Sprachgebrauch unzweideutig: Der aus der italienischen Sprache entstammende Begriff Saldo findet hauptsächlich Verwendung im kaufmännischen Bereich. Als Saldo wird jener Schlussbetrag bezeichnet, um den die eine Seite des Kontos (Soll- oder Habenseite) grösser ist als die andere¹⁶⁾. Streicht man diesen Saldo, oder setzt man ihn auf der Gegenseite ein, so wird damit das Konto ausgeglichen. - Als Quittung, einem aus der lateinischen, bzw. französischen Sprache abgeleiteten Begriff, bezeichnet man das schriftliche Empfangsbekenntnis des Gläubigers über die Erfüllung einer Schuld¹⁷⁾. - Werden nun diese beiden Begriffe in einen Zusammenhang gebracht, so kann das keinen anderen Sinn haben, als dass man mit der Ausstellung der Quittung zugleich den allfällig verbleibenden Saldo ausgleichen, bzw. streichen will.

Das Wort "Saldoquittung" findet sich praktisch nur im Sprachraum der deutschen Schweiz. In Deutschland und in Oesterreich wird die Saldoquittung meist als "Ausgleichsquittung" oder seltener als "Schlussquittung" oder "Generalquittung" bezeichnet. - In der französischen Sprache finden wir die Ausdrücke "quittance finale", "quittance pour solde de compte" oder "reçue libératoire". In der italienischen Sprache sind folgende Begriffe gebräuchlich: "ricevuta a saldo", "ricevuta definitiva", "ricevuta di liquidazione" und "ricevuta liberatoria". - Im englischen Sprachraum finden sich folgende Bezeichnungen: "receipt for the balance", "receipt in full discharge", "final receipt", "general receipt" und "receipt in full".

16) Der Begriff "Saldo" findet sich u.a. in Art 117 Abs 2 OR im Zusammenhang mit der Frage der Novation beim Kontokorrentverhältnis: "Eine Neuerung ist jedoch anzunehmen, wenn der Saldo gezogen und anerkannt wird."

17) Näheres dazu S. 7 f.

II. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Saldoquittung

Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Saldoquittung lassen sich aus ihren beiden Erklärungskomponenten "Empfangsbestätigung" und "negatives Schuld-
anerkennnis" ableiten:

1. Die Saldoquittung in ihrer Eigenschaft als Empfangsbestätigung (Quittung)

a) Die Rechtsnatur der Quittung im allgemeinen

Als "Quittung" bezeichnet man die schriftliche Bescheinigung des Gläubigers, er habe vom Schuldner geschuldete Leistungen erhalten¹⁸⁾. Der Gläubiger ist gemäss Art 88 Abs 1 OR auf Verlangen des Schuldners zur Ausstellung einer Quittung verpflichtet. Die Einzelheiten des Inhalts (z.B. Bezeichnung der Parteien, der Leistung, des Ortes und des Zeitpunktes der Erfüllung etc.) sind nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern bestimmen sich nach den Umständen und der Verkehrsübung. Insbesondere kann eine Quittung abstrakt abgefasst werden, d.h. der Zweck der Zahlung (die causa) muss nicht genannt werden. Zur Rechtswirkung genügt die Erkennbarkeit der bescheinigten Tatsache¹⁹⁾; es muss aus dem Text hervorgehen, dass der Gläubiger vom Schuldner eine bestimmte Leistung erhalten hat.

Die einfache Quittung ist nichts weiteres als ein reines Beweismittel²⁰⁾ zu handen des zahlenden Schuldners. Sie enthält damit keine Willens-, sondern eine blosser Wissenserklärung²¹⁾; das Ausstellen einer Quittung ist kein Rechtsgeschäft im juristischen Sinn.

18) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 88; von Tuhr/Escher, S. 33.

19) Vgl. Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 88 OR.

20) Guhl/Merz/Kummer, S. 261; Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 88 OR; von Tuhr/Escher, S. 33.

21) Vgl. von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 359.

Die hier dargelegte Begriffsbestimmung entspricht der heute vorherrschenden Lehre, die allerdings früher sowohl in der Schweiz²²⁾ wie auch in Deutschland²³⁾ nicht unbestritten war, wollten doch namhafte Autoren im Regelfall in der Quittung einen negativen Schuldanerkenntnisvertrag²⁴⁾ oder einen Beweisvertrag sehen.

In ihrer Eigenschaft als Beweismittel kommt der Quittung keine rechtsverändernde Wirkung zu, d.h. sie kann als solche nicht den Untergang von Forderungen bewirken. So schliesst beispielsweise die Erteilung einer Quittung für eine bestimmte Leistung die Geltendmachung weiterer Forderungen grundsätzlich nicht aus. Unter bestimmten Umständen allerdings wird an eine vorbehaltlos ausgestellte Quittung eine gesetzliche Vermutung geknüpft: Art 89 Abs 1 OR enthält folgende Bestimmung: "Werden Zinse oder andere periodische Leistungen geschuldet, so begründet die für eine spätere Leistung ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung die Vermutung, es seien (auch bereits, d. V.) die früher fällig gewordenen Leistungen entrichtet." In ihrer praktischen Auswirkung führt diese Vorschrift hier zu einer Umkehr der Beweislast: Nicht der Schuldner muss beweisen, dass er tatsächlich erfüllt hat, sondern es wird dem Gläubiger auferlegt zu beweisen, dass die früheren Leistungen nicht erfüllt worden seien. Allerdings gestehen die Gerichte den prozessualen Vorteil von Art 89 Abs 1 OR nur dem zuverlässigen, ordentlichen Schuldner zu²⁵⁾.

22) Vgl. dazu die Ausführungen von Hirt, S. 57.

23) Soergel/Siebert, N3 zu § 368 BGB, geben dazu folgenden Hinweis: "Nach Bähr, Collatz, Lütke mann und Lacmann ist in der Ausstellung und Annahme der Quittung stets ein negativer Schuldanerkenntnisvertrag zu sehen."

24) Zum negativen Schuldanerkenntnisvertrag siehe die Ausführungen auf S. 10 ff.

25) Vgl. hierzu das Urteil des Gew.G. Zürich in ZR 61, Nr. 61: "Verpasst der Schuldner ohne besondere Gründe die Ratentermine oder leistet er bloss Akontozahlungen, verliert er den prozessualen Vorteil aus Art 89 Abs 1 OR."

b) Die zur Willenserklärung denaturierte Quittung

Ueberall wo das Thema "Quittung" behandelt wird, fehlt auch nicht der Hinweis, dass einer Quittung von den Parteien oft eine andere, rechtlich weitergehende Wirkung als die Beweissicherung beigelegt wird²⁶⁾. Dies trifft etwa dann zu, wenn der Gläubiger auf die Erfüllung seiner Forderung verzichtet, aber dennoch eine Quittung ausstellt und sie dem Schuldner aushändigt. Nunmehr verbirgt sich hinter der Empfangsbestätigung (Willenserklärung) eine Willenserklärung: Ausstellung und Entgegennahme der Quittung bilden den äusseren Erklärungstatbestand eines eigentlichen Rechtsgeschäftes, nämlich eines Forderungsaufhebungsvertrages. Eine derartige Quittung bezeichnet von Büren als eine "zur Willenserklärung denaturierte Quittung".²⁷⁾

Ob im konkreten Fall eine Quittung im eigentlichen Sinn oder eine zur Willenserklärung denaturierte Quittung (z. B. ein negatives Schuldanerkenntnis) vorliegt, muss mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln, d. h. ausgehend vom Wortlaut und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände abgeklärt werden.

c) Die Entkräftung der Quittung

Eine einfache Quittung, die ein reines Beweismittel darstellt, kann nicht durch Berufung auf Dissens oder durch Anfechtung, sondern nur durch Gegenbeweis entkräftet werden²⁸⁾. Das bedeutet namentlich, dass die Regeln von Art 1 bzw. 23 ff OR hier nicht anwendbar sind. - Der Kläger (Aussteller), der gegen eine Quittung den Gegenbeweis antreten will, hat

26) Vgl. von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 472; Guhl/Merz/Kummer, S. 261; Hirt, S. 57; Oser/Schönenberger, N5 zu Art 88 OR; von Tuhr/Escher, S. 33; BGE 45 II 212. - Ferner Soergel/Siebert, N3 zu § 368 BGB.

27) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 471.

28) Vgl. hierzu von Tuhr, S. 468 sowie Oser/Schönenberger, N 4 zu Art 88 OR.

vorerst einmal darzutun, dass die Quittung eine falsche Aussage enthalte, dass er entgegen dem Wortlaut der Urkunde die Leistung in Tat und Wahrheit gar nicht empfangen habe. Als zweites muss er ferner beweisen, dass er die Quittung irrtümlich, z.B. im Glauben an eine bereits erfüllte Zahlung oder im Vertrauen auf eine noch bevorstehende Zahlung ausgestellt habe. Gelingen dem Kläger beide Beweise, so vermag die nunmehr entkräftete Quittung seiner Position nicht mehr zu schaden, und er kann seine Forderung wiederum geltend machen. Gelingt ihm jedoch nur der erste, nicht aber auch der zweite Beweis, so muss die Vermutung dafür sprechen, dass die Quittung nicht als Empfangsbestätigung, sondern als Mittel zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Schuld (negatives Schuldanerkenntnis) ohne Erfüllung dienen sollte²⁹⁾. Nunmehr kann er allerdings versuchen, dieses Rechtsgeschäft, den Schuldauhebungsvertrag, auf dem Wege der Anfechtung im Sinne von Art 23 ff OR zu entkräften³⁰⁾.

2. Die Saldoquittung als schuldaufhebender Vertrag

Bei der Begriffsbestimmung am Anfang dieses Kapitels wurde festgehalten, dass nicht die erste Komponente, nämlich die Empfangsbestätigung (Quittung) zum entscheidenden Gehalt einer Saldoquittung gehöre, sondern die zweite Komponente, d.h. jene Erklärung des Gläubigers, wonach er gegen den Schuldner nach erfolgter Bereinigung fortan keine Forderungen mehr besitze. Eine solche Erklärung wird als negatives Anerkenntnis oder genauer als negatives Schuldanerkenntnis bezeichnet³¹⁾; das entsprechende Rechtsgeschäft heisst "negativer Anerkennungsvertrag", bzw.

29) Von Tuhr/Escher, S. 33 mit Verweis auf ZR 29, S. 116.

30) Oser/Schönenberger, N 4 zu Art 88 OR.

31) Guhl/Merz/Kummer, S. 269: Negative Schuldanerkennung: "Darunter ist die rechtsgeschäftliche Willensäußerung zu verstehen, dass nach erfolgter Bereinigung keine weiteren Forderungen mehr bestehen (oft in Form der sog. Saldoquittung)." - Siehe auch Oser/Schönenberger, N 3 zu Art 115 OR und von Tuhr/Escher, S. 179.

negativer Schuldanererkennungsvertrag³²⁾. – Diese zweite Komponente der Saldoquittung ist Gegenstand der nun folgenden Ausführungen.

a) Das negative Schuldanerkenntnis

Das negative Schuldanerkenntnis, d. h. die Bestätigung eines Gläubigers, gegenüber dem Schuldner keine Forderungen zu haben, erscheint auf den ersten Blick als bloße Wissenserklärung, als Festschreibung eines tatsächlichen Sachverhalts. In der Tat kommt einem negativen Schuldanerkenntnis dann keine weitergehende Bedeutung zu, wenn im Zeitpunkt der Erklärung keine Forderungen mehr bestanden haben. Was gilt aber nun in jenem Fall, da im Zeitpunkt der Erklärung in Wirklichkeit noch Schulden bestanden haben? Vermag das negative Schuldanerkenntnis am Bestand dieser Forderungen etwas zu ändern?

Eine eindeutige Antwort auf diese Frage findet sich im deutschen Recht, nämlich in der Bestimmung von § 397 BGB: "Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt (Abs 1). – Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis³³⁾ nicht mehr bestehe (Abs 2). – Zwei Dinge werden hier klar festgestellt: 1. Ein negatives Schuldanerkenntnis bewirkt die Aufhebung der im Zeitpunkt der Erklärung noch bestehenden Forderungen; 2. Die Aufhebung der Schuld oder des Schuldverhältnisses erfolgt nicht durch einseitige Erklärung, sondern auf dem Wege eines Vertrages³⁴⁾. – Obwohl in unserem Gesetz eine entsprechende, ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt, wird in der

32) Hirt, S. 52; Oser/Schönenberger, N 3 zu Art 115 OR.

33) Anstelle des Begriffes "Schuldverhältnis" kann hier auch der Begriff "Schuld" eingesetzt werden, ohne dass damit der Sinn der Gesetzesbestimmung verändert würde. Siehe dazu Staudinger, N II zu § 397 BGB.

34) Siehe hierzu die Erläuterungen in der deutschen Literatur, z. B. Lorenz, S. 335; Planck, N 1a und 4 zu § 397 BGB; Soergel/Siebert, N 2 zu § 397 BGB; Staudinger, N I 1a zu § 397 BGB.

schweizerischen Lehre und Praxis dem negativen Schuldanerkenntnis ohne Unterschied die gleiche Bedeutung zugemessen³⁵⁾.

Zur Frage, weshalb zwei Parteien einen Schuldaufhebungsvertrag in die Form eines negativen Anerkenntnisses kleiden, schreibt Otto von Gierke folgendes: "Aus welchen Gründen die Aufhebung des Schuldverhältnisses in dem Kleide der Anerkennung seines Nichtbestehens auftritt, ob etwa subjektive Ungewissheit über den Bestand waltet oder bewusst der wirkliche Tatbestand verhüllt wird, ist für die Wirkung des negativen Anerkennungsvertrages belanglos: Er ist abstrakter Natur und trägt die Kraft eines Erlassvertrages in sich."³⁶⁾ Im Anschluss an den letzten Satz dieses Zitates stellen sich hauptsächlich zwei Fragen: Wie weit besteht ein Unterschied zwischen dem negativen Schuldanerkenntnis und dem Erlass? Was hat es mit der abstrakten Natur des negativen Schuldanerkenntnisvertrages für eine Bewandnis? – Auf die erste Frage werden wir in den beiden folgenden Abschnitten eingehen, die zweite Frage wird in einem Anhang zu diesem Kapitel behandelt³⁷⁾.

b) Der Erlass

Zwei Vertragsparteien³⁸⁾ können durch gegenseitige Vereinbarung entweder das ganze Schuldverhältnis oder nur einzelne daraus entstandene For-

35) Siehe dazu die oben in Anm. 31 und 32 aufgeführten Autoren.

36) Gierke, S. 175.

37) Siehe S. 19 ff.

38) Die Vereinbarung eines Erlasses ist nicht nur im vertraglichen, sondern auch im ausservertraglichen Schuldverhältnis, namentlich im Bereich des Haftpflichtrechts möglich. Oftinger schreibt dazu: "Auch der zunächst einseitig vom Geschädigten ausgesprochene Verzicht, der vom Haftpflichtigen entgegengenommen wird – ein Erlassvertrag im Sinne von OR 115 – ist ein Vergleich. Das gleiche gilt für die in der Versicherungspraxis übliche Saldoquittung: die Erklärung, "per Saldo aller Ansprüche" zu quittieren, mit der empfangenen Leistung befriedigt zu sein und auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche aus dem Haftpflichtfall zu verzichten." (Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 418.) – Vrgl. dazu auch S. 41.

derungen aufheben. Die vertragliche Aufhebung eines gesamten Schuldverhältnisses bezeichnet man als Rückgängigmachung³⁹⁾ oder contrarius consensus⁴⁰⁾. - Sollen jedoch nur einzelne Forderungen aufgehoben werden und nicht auch das Grundverhältnis zwischen den Parteien (weil dieses weiter bestehen soll, oder weil es vielleicht gar nicht mehr besteht), so wird dieses Rechtsgeschäft "Erlass" genannt⁴¹⁾. Oft wird allerdings auf die hier dargelegte Abgrenzung verzichtet, so beispielsweise bei Guhl/Merz/Kummer: "Der Erlass ist der durch Aufhebungsvertrag begründete Untergang einer Forderung oder eines Schuldverhältnisses."⁴²⁾ Diese mangelnde Differenzierung fällt jedoch nicht allzu sehr ins Gewicht; beide Verträge, sowohl der contrarius consensus sowie auch der Erlass, fallen unter den Oberbegriff "Aufhebungsvertrag" und finden ihre gesetzliche Regelung ausgehend von Art 115 OR. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass es in der Praxis nicht immer ganz einfach zu entscheiden ist, ob nun im konkreten Einzelfall ein Erlass oder eine Aufhebung des gesamten Schuldverhältnisses vorliege⁴³⁾. Ein Entscheid muss mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln gefunden werden⁴⁴⁾.

Art 115 OR enthält neben der Bestimmung, dass Forderungen formlos aufgehoben werden können, und zwar auch dann, "wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsabschliessenden gewählt war", implicite eine weitere Aussage: Schuldrechtliche For-

39) Unseres Erachtens kann der Begriff "Rückgängigmachung" zu Missverständnissen Anlass geben, denn man könnte daraus folgern, dass der contrarius consensus immer mit Wirkung ex tunc erfolge. Dies kann zwar der Fall sein, ist jedoch durchaus nicht die Regel: Häufig werden Verträge, vor allem Dauerverträge (z. B. Mietverträge, Arbeitsverträge) mit Wirkung ex nunc aufgehoben.

40) Becker, N 2 zu Art 115 OR; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 357; - Hirt, S. 14, führt dazu aus: "Der contrarius consensus beseitigt den Kontrakt selbst, die Wurzeln der Vertragsrechte und -pflichten."

41) Becker, N 2 zu Art 115 OR; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 357; Oser/Schönenberger, N 1 zu Art 115 OR.

42) Guhl/Merz/Kummer, S. 268.

43) Becker, N 9 zu Art 115 OR.

44) Von Tuhr/Escher, S. 179.

derungen können nicht einseitig sondern nur durch gegenseitige Uebereinkunft, also durch Vertrag aufgehoben werden⁴⁵⁾. Anders verhält es sich beispielsweise beim Eigentum oder bei anderen dinglichen Rechten, die durch einseitigen Rechtsakt aufgehoben werden können (vgl. Art 666, 729, 734, 786, 801 ZGB). In Abgrenzung zum Erlass wird im juristisch korrekten Sinne nur diese Aufhebung durch einseitigen Rechtsakt als "Verzicht" bezeichnet⁴⁶⁾. Allerdings werden die beiden Begriffe nicht nur in der Praxis sondern auch in der Judikatur und Literatur häufig synonym verwendet⁴⁷⁾. Selbst im Gesetzestext wird von "Verzicht" gesprochen, wo es richtigerweise "Erlass" heissen müsste, so z.B. gerade in Art 341 OR, der in dieser Arbeit ausführlich behandelt wird⁴⁸⁾. Die Bedingung, dass schuldrechtliche Forderungen nur durch Vertrag und nicht durch einseitigen Verzicht des Gläubigers aufgehoben werden können, mag vielleicht etwas schwerfällig und konstruiert erscheinen, doch dient sie, wie von Büren schreibt "seltenen, aber doch vorkommenden Schuldnerinteressen"⁴⁹⁾. In der Regel hat der Schuldner wohl ein Interesse daran, den Erlass anzunehmen. Allerdings sind auch Fälle denkbar, da er nicht entlastet sein will, da er sich nichts "schenken lassen" will.

Seinem Inhalt nach ist der Erlass ein Verfügungsvertrag⁵⁰⁾. Somit muss dem Erlassenden ausser der Handlungsfähigkeit auch die Verfügungsmacht über die Forderung zustehen⁵¹⁾. Diese Verfügungsmacht kann überhaupt

45) Von Tuhr/Escher, S. 174; Becker, N 1 f zu Art 115 OR.

46) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art 115 OR; - Anders verhält es sich da und dort in der deutschen Literatur, wo der Erlass (neben der einseitigen Aufhebung) als Unterbegriff zum Oberbegriff "Verzicht" verwendet wird, so z.B. bei Soergel/Siebert, N 1 zu § 397 BGB.

47) Berger, S. 195.

48) Im folgenden (ausserhalb dieses Kapitels) werden auch wir uns nicht immer streng an die dogmatisch richtige Bezeichnung halten und die Begriffe da und dort synonym verwenden.

49) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 358; vgl. hierzu Larenz, S. 334.

50) Becker, N 7 zu Art 115 OR; Oser/Schönenberger, N 6 zu Art 115 OR; von Tuhr/Escher, S. 176.

51) Von Tuhr/Escher, S. 176.

fehlen oder eingeschränkt sein. So können die Parteien beispielsweise Forderungen, die im Interesse der öffentlichen Ordnung auf gesetzlichen Verpflichtungen beruhen (z. B. die Alimentationspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern), nicht aufheben. Ebenso wenig können Vertragspartner eine Forderung untergehen lassen, sofern Dritte daran ein Recht erworben haben⁵²⁾. Eine gesetzliche Einschränkung der Verfügungsmacht hat auch der neu in das Arbeitsvertragsrecht aufgenommene Artikel 341 OR (teilweise Unverzichtbarkeit auf Forderungen aus Arbeitsvertrag) zum Inhalt.

Der Erlassvertrag ist an keine besondere Form gebunden, er kann durch ausdrückliche Willensäusserung, aber auch bloss durch konkludentes Verhalten, beispielsweise durch Stillschweigen, zustande kommen⁵³⁾. Jedoch ist besondere Vorsicht am Platz, wenn man aus konkludenten Umständen auf einen Erlasswillen des Gläubigers schliessen will⁵⁴⁾. Im Gegensatz dazu darf das Stillschweigen des Schuldners auf eine Erlassofferte des Gläubigers ohne grosse Bedenken als Zustimmung interpretiert werden⁵⁵⁾.

- Der Erlass bedarf zu seiner Gültigkeit zwar nicht der Angabe des Bestimmungsgrundes (Rechtsgrund, causa)⁵⁶⁾, er muss jedoch wie jede andere Zuwendung einen solchen aufweisen⁵⁷⁾. Ueber den Rechtsgrund des Erlasses schreibt von Tuhr folgendes: "Unentgeltlicher Erlass ist in der Regel Schenkung, bedarf aber, da es sich nicht um ein Schenkungsversprechen (Verpflichtungsgeschäft) handelt, nicht der Schriftform des Art 243 Abs 1 OR. Verzicht auf die Forderung gegen ein vom Schuldner (oder einem Dritten) zu leistendes Entgelt ist in der Regel nicht als Erlass zu

52) Becker, N 7 zu Art 115 OR; weitere Beispiele bei von Tuhr/Siegwart, S. 619.

53) Oser/Schönenberger, N 11 zu Art 115 OR.

54) Von Tuhr/Escher, S. 175, Anm. 16; in diesem Sinne auch Becker, N 4 zu Art 115 OR. - Vgl. zu dieser Frage auch die Ausführungen S. 178.

55) Siehe S. 177f.

56) Zum Problem der causa, bzw. zur Frage der Abstraktheit eines Erlassvertrages siehe die Ausführungen im Anhang dieses Kapitels, S. 19 ff.

57) Becker, N 11 zu Art 115 OR; von Tuhr/Escher, S. 117.

beurteilen, sondern als Tilgung der Forderung durch Hingabe an Zahlungsstatt (pro solutione). Ein häufig vorkommender Rechtsgrund des Erlasses ist der Vergleich, durch welchen der Gläubiger eine bestrittene oder unsichere Forderung aufgibt, gegen einen ihm vom Schuldner eingeräumten Vorteil." ⁵⁸⁾

Schliesslich bleibt noch auf eine Abgrenzung hinzuweisen: Vom Erlass zu unterscheiden ist das sog. pactum de non petendo (in perpetuum) ⁵⁹⁾, d.h. die Vereinbarung, wonach der Gläubiger dem Schuldner verspricht, eine Forderung nicht (gerichtlich) geltend zu machen. Dieser Vertrag, der heute in der Praxis wohl nurmehr selten auftreten wird ⁶⁰⁾, bewirkt im Unterschied zum Erlass nicht den Untergang der Forderung, er beschränkt nur ihre Klagbarkeit und gewährt dem Schuldner eine Einrede ⁶¹⁾. Die Forderung bleibt auch nach dem pactum de non petendo als Naturalobligation weiter bestehen und kann als solche gegebenenfalls gültig erfüllt werden.

c) Die Abgrenzung zwischen Erlass und negativem Schuldanerkenntnis

Aus den vorausgehenden Erläuterungen lässt sich nun folgern, dass Erlass und negatives Schuldanerkenntnis nicht zwei Begriffe sind, die sich gegenseitig ausschliessen, vielmehr verhalten sie sich zueinander wie Oberbegriff und Unterbegriff. Als Erlass (Oberbegriff) kann jedes zweiseitige Rechtsgeschäft bezeichnet werden, das zur Aufhebung von schuldrechtlichen Forderungen führt. Das negative Schuldanerkenntnis (Unterbe-

58) Von Tuhr/Sieewart, S. 619 f.

59) Oser/Schönenberger, N 12 zu Art 115; von Tuhr/Escher, S. 177.

60) Von Tuhr/Sieewart, S. 620.

61) Nach der Begriffsbestimmung von Berger, S. 195 ("... Verzicht des Anspruchsberechtigten auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche ...") müsste die Saldoquittung als pactum de non petendo betrachtet werden. Die anschliessenden Erläuterungen zeigen aber klar, dass auch dieser Autor die Saldoquittung als Erlassvertrag versteht.

griff) kann als besondere Erscheinungsform des Erlasses bezeichnet werden. Bereits der äussere Erklärungstatbestand, der Wortlaut weist auf die Besonderheit hin: Es wird nicht davon gesprochen, dass Forderungen erlassen oder aufgehoben werden sollen, sondern die Parteien halten fest, dass Forderungen nicht (mehr) bestehen. Wenn wir nun weiter nach dem inneren Erklärungstatbestand forschen, gehen wir am besten von der bereits erwähnten⁶²⁾, aber noch nicht beantworteten Frage aus, weshalb die Parteien gerade diese Form für den Aufhebungsvertrag wählen. Die Antwort scheint nahe zu liegen: Die absolute Formulierung des negativen Schuldanerkenntnisses ("es bestehen keine Forderungen mehr") erlaubt es den Parteien, ihren Willen in sehr knapper Form und mit einfachen Worten festzuhalten, und zwar auch dann, wenn dabei verschiedenste Ansprüche, bekannte oder bloss mögliche, bestehende oder zukünftige aufgehoben werden sollen. Mit anderen Worten, immer dann, wenn eine generelle und umfassende Bereinigung des Vertragsverhältnisses angestrebt wird, liegt es nahe, hierfür die einfache Form des negativen Schuldanerkenntnisses zu verwenden. Aus diesem Grund besteht denn auch die von Lehre und Praxis – gerade bezüglich der Saldoquittung⁶³⁾ – angenommene Vermutung, dass ein negativer Schuldanerkenntnisvertrag umfassende Wirkung habe und demnach nicht nur alle bekannten, sondern

62) Siehe S. 12.

63) ZR 43, 2d: "Im weiteren stehe fest, dass aus einer Saldoquittung nach dem unzweifelhaften Sinn der Wendung "per Saldo" geschlossen werden muss, der Unterzeichner der Quittung verzichte auf alle weiteren Ansprüche gegenüber dem Empfänger der Quittung.", sowie die an dieser Stelle erwähnten Entscheide; SJZ 43, S. 190: "Einer Saldoquittung kann an sich die Bedeutung zukommen, dass die Parteien sämtliche Ansprüche aus einem Rechtsverhältnis, gleichgültig ob bereits entstanden oder erst in Zukunft entstehend ... zum Erlöschen bringen wollen."; in diesem Sinne auch die Begriffsbestimmungen bei Berger, von Büren und Schweingruber, vgl. oben S. 4; siehe in der deutschen Literatur z.B. Schwedes, S. 222: "Mit einer Ausgleichsquittung verzichtet der Arbeitnehmer im Zweifel auf alle ihm noch zustehenden Ansprüche."

auch alle von den Parteien bloss als möglich⁶⁴⁾ erachteten vertraglichen oder ausservertraglichen Forderungen betreffe.

Ergänzend sei hier auf einen andern, ebenfalls häufig vorkommenden Fall des negativen Schuldanerkenntnisses verwiesen⁶⁵⁾, nämlich auf die Entlastung (Décharge) der geschäftsführenden Organe einer Gesellschaft durch die zuständige Versammlung⁶⁶⁾. Diese Entlastung führt zur Beseitigung von Schadenersatzforderungen der Gesellschafter gegenüber den Organen der Gesellschaft wegen Verletzung der ihnen übertragenen Pflichten. Ähnlich wie die Saldoquittung will auch die Décharge-Erteilung eine möglichst umfassende Bereinigung der Verhältnisse herbeiführen und neben bekannten - bestrittenen oder unbestrittenen - auch bloss als möglich erachtete Forderungen zum Untergang bringen⁶⁷⁾.

3. Zusammenfassung

Ihrer Rechtsnatur nach stellt die Saldoquittung die Verbindung einer Empfangsbestätigung mit einem Erlassvertrag dar, der in die Form eines negativen Schuldanerkenntnisses gekleidet ist. Diese Formulierung scheint uns zutreffender zu sein, als die folgende, in Deutschland gebräuchliche Umschreibung der Rechtsnatur einer Ausgleichsquittung: "Die Ausgleichs-

64) Von Tuhr/Siegwart, S. 622, bezeichnet das negative Schuldanerkenntnis als "Eventualerlass". Diese Begriffsbestimmung scheint uns insofern richtig, als auch bloss möglicherweise bestehende Forderungen aufgehoben werden sollen. Sie ist aber u. E. insoweit zu eng, als das negative Schuldanerkenntnis durchaus auch bekannte Forderungen betreffen kann.

65) von Tuhr/Escher, S. 179.

66) Art 698, 810, 879 OR.

67) Voraussetzung dabei ist allerdings, dass bei der Beschlussfassung über die Décharge die Geschäftsführung aus den der Versammlung vorliegenden Unterlagen (Jahresbericht, Bilanz, Rechnung) überhaupt erkennbar war. Mit andern Worten, die Entlastung deckt keine Geschehnisse, die der Versammlung gar nicht zur Kenntnis gebracht worden sind. Siehe dazu Guhl/Merz/Kummer, S. 154 f.

quittung kann sein Erlass, negatives Schuldanerkenntnis oder Vergleich".⁶⁸⁾ Diese Aufzählung ist nicht in sachlicher, jedoch in systematischer Hinsicht zu bemängeln, da sich die hier aufgeführten Begriffe nicht gegenseitig ausschliessen, sondern einander ergänzen können.

Die Rechtswirkung der Saldoquittung ist folgende:

1. Insofern und insoweit die Saldoquittung als eigentliche Quittung zu gelten hat, dient sie dem Schuldner als Beweismittel dafür, dass der Gläubiger von ihm eine Leistung empfangen habe.
2. In ihrer Eigenschaft als negatives Schuldanerkenntnis enthält die Saldoquittung einen Erlassvertrag, der zum Untergang von allen bekannten oder bloss als möglich erachteten Forderungen führt, die der Gläubiger vor Abschluss dieser Vereinbarung gegenüber dem Schuldner besessen hat.

4. Anhang: Der Erlass als abstraktes Rechtsgeschäft

a) Problemstellung

Wie oben dargelegt wurde, enthält die Saldoquittung in der Regel einen Erlass oder einen Eventualerlass. Der Erlassvertrag gilt, wie die meisten andern Verfügungsgeschäfte, als sog. abstraktes Rechtsgeschäft⁶⁹⁾. Dies trifft namentlich auch dann zu, wenn der Erlass in die Form eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages gekleidet ist. – Was hat nun die Qualifikation "abstrakt" in dogmatischer und praktischer Hinsicht zu bedeuten? – Als erstes soll im folgenden der Unterschied zwischen formaler und materieller Abstraktheit dargelegt werden.

68) Z. B. Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 292; Kroenig, Nr. 586; Schaub, S. 251; Schwedes, S. 221 f.

69) Von Tuhr/Sieewart, S. 620.

b) Die formale und die materielle Abstraktheit eines
Rechtsgeschäftes⁷⁰⁾

Bezeichnet man ein Rechtsgeschäft in formaler Hinsicht als abstrakt, so will man damit zum Ausdruck bringen, dass für die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäftes die ausdrückliche Nennung des Rechtsgrundes (der causa) im Erklärungstext nicht notwendig sei⁷¹⁾. Unter "Rechtsgrund" (causa) versteht man dabei den beiden Parteien gemeinsamen, unmittelbaren Zweck des Rechtsgeschäftes, der abzugrenzen ist vom entfernteren sog. Endzweck⁷²⁾. Im Gegensatz zum unmittelbaren Zweck kann der Endzweck bei beiden Parteien durchaus verschiedenartig sein⁷³⁾. Dem Erlass können die Parteien von Fall zu Fall eine verschiedene causa zugrunde legen, beispielsweise eine Schenkung, eine Verrechnung, die Erfüllung einer Schuld oder einen Vergleich⁷⁴⁾. Was im konkreten Einzelfalle von den Parteien als Rechtsgrund vereinbart worden ist⁷⁵⁾, ergibt sich beim abstrakten Rechtsgeschäft (das per definitionem die causa verschweigt) unter Beizug des Vertrauensprinzips durch Auslegung des betreffenden Erklärungsvorganges⁷⁶⁾.

70) Man bezeichnet die formale Abstraktheit etwa auch als Abstraktheit im weiteren Sinne und die materielle Abstraktheit als Abstraktheit im engeren Sinne; siehe z. B. Oser/Schönenberger, N 7 zu Art 17 OR.

71) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 186; Guhl/Merz/Kummer, S. 108; Oser/Schönenberger, N 7 zu Art 17 OR.

72) Vgl. hierzu Schönenberger/Jäggi, N 85 zu Art 1 OR.

73) Die Verschiedenartigkeit des Endzweckes der Parteien ist die Regel bei den sog. Interessengegensatzverträgen (z. B. bei Miete, Kauf, Darlehen etc.). Anders verhält es sich bei den Interessenvergemeinschaftungsverträgen (z. B. bei der Gründung einer Gesellschaft), wo nicht nur der primäre Zweck (die causa), sondern auch der Endzweck bei allen Parteien mehr oder weniger der selbe ist (z. B. die Teilhaberschaft an einem gewinnorientierten Unternehmen). – Die individuellen, ev. verschiedenartigen Gründe, weshalb schliesslich die einzelnen Parteien diesen gemeinsamen Endzweck anstreben, bezeichnet man allgemein als "Motive".

74) Von Tuhr/Siegwart, S. 619 f.

75) Schönenberger/Jäggi, N 85 zu Art 1 OR: "Der Vertragswille umfasst immer auch die Einigung über den Rechtsgrund (die causa)."

76) Siehe dazu § 3, S. 60 ff.

Die Tatsache, dass ein Rechtsgeschäft nicht der Nennung der causa bedarf (formale Abstraktheit), ist von der Frage zu trennen, ob es auch unabhängig von der Existenz einer causa gültig sein kann. In der Literatur finden sich dazu verschiedene Meinungen. Die Vertreter der sog. "Anerkennungstheorie" sind der Ansicht, dass ein Verfügungsgeschäft, namentlich auch der Erlass, gültig sein könne, auch wenn der Rechtsgrund fehle oder wenn er sich nicht verwirkliche⁷⁷⁾. Dies würde bedeuten, dass Verfügungsgeschäfte auch in materiellem Sinn abstrakt sein könnten. In der schweizerischen Rechtslehre scheint sich jedoch heute die gegenteilige Meinung durchzusetzen⁷⁸⁾: Die Verschweigung des Rechtsgrundes führt nicht gleichzeitig zu dessen materiellem Ausschluss in dem Sinne, dass die abstrakte Schuldklärung eine vom Schuldgrund losgelöste Existenz führen könnte oder dass für eine Einrede des fehlenden Schuldgrundes kein Raum mehr da wäre. "Das Absehen vom Bestimmungsgrund ist in jedem Fall nur formaler, nicht materieller Art."⁷⁹⁾ In diesem Sinne kann im schweizerischen Recht u. E. nur von einer formalen Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes gesprochen werden.

c) Die praktische Bedeutung der Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes

Die formale Abstraktheit wird oftmals auch als Beweisabstraktheit bezeichnet⁸⁰⁾. Wie es bereits der Name anzeigt, ist die Beweisabstraktheit eines Rechtsgeschäftes von prozessualer Bedeutung; sie führt zu einer Umverteilung der Beweislast im Prozess zugunsten des Gläubigers, bzw.

77) Z. B. von Tuhr/Siegwart, S. 620.

78) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 186 ff, insbesondere Anm. 228 und die dort zitierten Autoren.

79) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 186.

80) Z. B. Guhl/Merz/Kummer, S. 109 und der dort zitierte BGE 65 II 84.

zum Nachteil des Schuldners⁸¹⁾. Diese Verschiebung der Beweislast bildet bekanntlich den Kern der allgemeinen Bestimmung von Art 17 OR, der das sog. "positive Anerkenntnis" regelt: "Ein Schuldbekenntnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes."

Der Kläger (Gläubiger), der im Prozess eine Forderung geltend macht, hat in der Regel den gesamten Klagegrund⁸²⁾ nachzuweisen, wozu grundsätzlich auch die causa des Anspruchs gehört. Dieser Beweis des genügenden Rechtsgrundes wird ihm allerdings durch die Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes erspart, und es wird nun Sache des Beklagten (des Schuldners), das Bestehen einer Forderung auf dem Weg zu bestreiten, dass er das Fehlen eines genügenden Schuldgrundes nachzuweisen versucht. Praktisch ergibt sich damit eine doppelte Beweislast für den Schuldner: Er hat nicht nur, wie im Falle eines kausalen (individualisierten) Rechtsgeschäftes, den Mangel im Rechtsgrund zu behaupten und zu beweisen, sondern er hat gleichzeitig auch darzutun, dass dem abstrakten Geschäft eben gerade diese mangelhafte und keine andere causa zugrunde lag⁸³⁾.

81) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 188; Guhl/Merz/Kummer, S. 108; Oser/Schönenberger, N 13 zu Art 1 OR. – Im Falle des negativen Schuldanerkennnisses, bzw. im Falle des Erlasses besteht eine andere Rollenverteilung: hier führt die Beweisabstraktheit zur Besserstellung des (ehemaligen) Schuldners und zu einer Benachteiligung des (ehemaligen) Gläubigers. Siehe zur Erläuterung das S. 23 aufgeführte Beispiel.

82) Siehe hierzu Schweickhardt, S. 98 und S. 101: Unter "Klagegrund" ist die Gesamtheit jener "schuldbegründenden (rechtsbegründenden) Tatsachen zu verstehen, die vom Gläubiger bei der prozessualen Geltendmachung der Schuldverpflichtung angeführt und nachgewiesen werden müssen ..." Im Gegensatz hierzu versteht man unter "Schuldgrund" den Inbegriff aller Tatsachen, die vorhanden sein müssen, damit die Schuldverpflichtung zur rechtlichen Existenz gelangt. "Der prozessuale Klagegrund ist nichts anderes als der um gewisse Tatbestandsmerkmale reduzierte Schuldgrund. – Der Begriff "Schuldgrund" in diesem Sinne darf nicht mit dem Begriff "Schuldgrund" im Sinne von Rechtsgrund (causa) verwechselt werden. Im zweiten Sinne wird er etwa bei Guhl/Merz/Kummer, S. 108 oder in dieser Arbeit oben S. 20 verwendet.

83) Oser/Schönenberger, N 13 zu Art 17 OR.

Diesen Sachverhalt mag ein Beispiel aus dem Arbeitsrecht erläutern:

Ein Arbeitnehmer hat auf eine bestimmte Forderung (z. B. auf einen Teil seines Lohnes) verzichtet und eine Saldoquittung unterzeichnet. Dieser Verzicht wurde im Sinne einer Gegenleistung (solvendi causa) vereinbart, weil der Arbeitnehmer angeblich zuviel bezahlte Ferien bezogen hatte.

Nun wird er von dritter Seite darauf aufmerksam gemacht, dass sein Ferienbezug in Tat und Wahrheit den Bestimmungen des massgeblichen Rahmenvertrages⁸⁴⁾ entsprach. Der Arbeitnehmer, der daraufhin seine Forderung (Restlohn) wieder aufnehmen möchte, kann nun nicht durchdringen, indem er bloss den neu erkannten Sachverhalt nachweist. Er muss in erster Linie beweisen, dass der Erlass und damit die Ausstellung der Saldoquittung verrechnungsweise erfolgte (und nicht etwa aus einem anderen Grund), und erst dann in zweiter Linie hat er zu beweisen, dass die angebliche, verrechnete Gegenforderung des Arbeitgebers (Rückerstattung für zuviel bezogene Ferien) gar nicht bestanden hat.

- Ähnliches würde auch in jenem Fall gelten, da eine Saldoquittung im Sinne eines bedingten Erlasses ausgestellt wurde und in der Folge die erwartete Bedingung ausbleibt. Hier müsste vom Arbeitnehmer bewiesen werden, dass der Erlass an eine bestimmte Bedingung geknüpft war - also credendi causa erfolge - und zweitens, dass die Bedingung in der Folge nicht eingetreten ist. Nur wenn ihm beide Beweise gelingen, kann er seine Forderung durchsetzen⁸⁵⁾.

d) Die Abstraktheit beim Vergleich

Guhl schreibt: "Die Parteien können aber durch Vereinbarung einen höheren Grad von Abstraktheit schaffen, als denjenigen der blossen Beweis-

84) Unter "Rahmenvertrag" verstehen wir hier einen "GAV-ähnlichen" Vertrag, z. B. die "Einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung" im Bankgewerbe, deren Bestimmungen nicht unabdingbar sind im Sinne von Art 357 OR.

85) Gemäss der "Anerkennungstheorie" ist der Erlass auch dann noch gültig, wenn der Gläubiger das Fehlen oder Dahinfallen des Rechts-

abstraktheit. Dies geschieht ... etwa beim Vergleichsvertrag."⁸⁶⁾ – Gibt es demnach entgegen dem oben Ausgeführten, d.h. neben der formalen, auch eine materielle Abstraktheit, oder gibt es irgendeine Zwischenstufe? Beides ist zu verneinen: Wohl ist der Vergleichsvertrag mit einem weitgehenden Einredeausschluss verbunden, d.h. die durch Vergleich bereinigten Streitpunkte und Unklarheiten können nicht mehr zum Gegenstand eines erneuten Streites gemacht werden⁸⁷⁾. Es kann jedoch vom Gläubiger durchaus der Vergleich in seinem Kern, d.h. in seiner Eigenschaft als causa der Vereinbarung angefochten werden, indem etwa geltend gemacht wird, das Geschäft sei nicht zum Zwecke einer Differenzbereinigung durch gegenseitiges Nachgeben⁸⁸⁾, sondern in Erwartung einer künftigen Leistung des Schuldners, also credendi causa erfolgt. Somit besteht auch im Falle des Vergleichs nur eine scheinbare materielle Abstraktheit⁸⁹⁾.

Auf die Frage der Abstraktheit beim Vergleich wurde hier deshalb speziell verwiesen, weil es in der Praxis oft vorkommt, dass eine Saldoquittung oder genauer, der einer Saldoquittung zugrunde liegende Erlassvertrag, im Rahmen eines (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Vergleiches unterzeichnet wird. Allerdings ist zu bemerken, dass nach der vorherrschenden Meinung im juristischen Sinn nur dann von einem Vergleich gesprochen werden kann, wenn dem Erlass der einen Partei eine Gegenleistung von seiten der anderen Partei gegenüber steht. Der Ver-

grundes nachweisen kann (siehe oben S. 21). Allerdings verweisen die Befürworter der materiellen Abstraktheit in einem solchen Fall auf die Möglichkeit der Bereicherungsklage gemäss Art 62 ff OR; siehe dazu von Tuhr, S. 620.

86) Guhl/Merz/Kummer, S. 109.

87) Meier-Hayoz, SJZ 49, S. 117 f.

88) Oser/Schönenberger, N 5 zu Art 115 OR, definieren den Vergleich als "Vertrag, durch den zwei Parteien auf dem Wege des gegenseitigen Nachgebens eine Ungewissheit in betreff eines Anspruchs oder dessen Realisierbarkeit beseitigen."

89) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 186.

gleich wird nach der heutigen Praxis und Lehre zu den wesentlich zweiseitigen, synallagmatischen Verträgen gezählt⁹⁰⁾.

90) Meier-Hayoz, SJZ 49, S. 117 sowie die dort aufgeführten Entscheide und Autoren.

§ 2 PROBLEMATIK UND SCHRANKEN DER SALDOQUITTUNG IM ARBEITSVERHAELTNIS

I. Die Funktion der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis

1. Die Funktion der Saldoquittung im allgemeinen

Bei der Darstellung von Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Saldoquittung¹⁾ wurde darauf hingewiesen, dass sie wegen ihrer Eigenschaft als negatives Schuldanerkennntnis als einfaches Instrument beigezogen werden kann, um ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis²⁾ ganz oder teilweise³⁾ aufzuheben und zu bereinigen⁴⁾. Der unmittelbare Zweck dieses Rechtsgeschäftes liegt dabei primär in der Schaffung klarer Rechtsverhältnisse: Die Parteien wollen Gewissheit erlangen, dass die gegenseitigen Forderungen erloschen sind und dass sie nicht mehr damit rechnen müssen, von der Gegenseite künftig in Anspruch genommen zu werden. - Man könnte nun einwenden, die Vertragsparteien sollen korrekterweise das Erlöschen ihrer Ansprüche, die Befreiung des Schuldners und damit die Bereinigung des Schuldverhältnisses auf dem üblichen Weg⁵⁾,

1) Siehe S. 7 ff.

2) Zum Begriff "Schuldverhältnis" siehe Schönenberger/Jäggi, N 105 ff vor Art 1 OR.

3) Im Falle eines Dauerschuldverhältnisses (z.B. bei einem Arbeitsvertrag) kann es sich dabei um die Bereinigung eines bestimmten, zurückliegenden Zeitabschnittes handeln. - Ein ähnliches Bedürfnis der Vertragsparteien besteht beim Kontokorrentverhältnis. Dort wird der Saldo zwar nicht quittiert, jedoch gewöhnlich vom Schuldner "anerkannt", woraus vermutungsweise (Art 117 OR) eine Neuerung (Novation) des Schuldverhältnisses entsteht.

4) Es wird vorweggenommen, dass die Saldoquittung trotz ihrer einseitigen Formulierung (nur eine Partei bestätigt, keine Ansprüche mehr zu haben) in der Regel als zweiseitig wirkend, d.h. auch die Forderungen der Gegenpartei umfassend interpretiert werden muss. Siehe dazu S. 64.

5) Von Tuhr/Escher, S. 161.

d.h. durch die Erfüllung der Forderung herbeiführen⁶⁾. Dieser Einwand scheint dort gerechtfertigt, wo es sich um einfache Leistungsverhältnisse handelt, beispielsweise um einen Barkauf, wo zwei genau bestimmte Leistungen einander gegenüber stehen. Nach dem Austausch der beiden Leistungen ist das Vertragsverhältnis beendet, und es besteht kein Raum mehr für irgendeine zu klärende Unsicherheit. Anders kann sich jedoch die Lage bei weniger einfachen Schuldverhältnissen zeigen, wobei die Faktoren, die ein Vertragsverhältnis kompliziert oder unübersichtlich werden lassen, sehr unterschiedlicher Natur sein können: Es ist hier etwa an Umstände zu denken wie die lange Dauer eines Schuldverhältnisses, die Vielzahl von wechselseitigen Forderungen, die Art und den Umfang dieser Forderungen, die zeitlich differenzierte Regelung der Fälligkeit, die Mehrheit von Parteien, die am Vertragsverhältnis beteiligt sind etc. All diese Elemente können zusammen oder für sich allein dazu führen, dass ein derartiges Vertragsverhältnis unübersichtlich wird und dass sich deshalb Unsicherheiten darüber einstellen, ob etwa einzelne Forderungen überhaupt entstanden sind oder ob einzelne Forderungen bereits ganz oder teilweise erfüllt wurden. In derartigen Fällen kann es sich nun in der Tat als zweckmässig erweisen, mit Hilfe einer Saldoquittung Klarheit zu schaffen. Schweingruber schreibt dazu: "Schliesslich ist es eine bekannte Tatsache im Alltag, dass ein bestehendes Schuldverhältnis häufig mit einer (letzten) Zahlung beendet, "erledigt" wird. Es kann sich um ein gutes oder gestörtes, um ein einfaches oder kompliziertes, um ein Abrechnungsverhältnis mit sicheren und unsicheren Einzelansprüchen handeln. Die Parteien erstellen und prüfen die Abrechnung, verzichten auf unsichere Posten, runden auf oder runden ab, einigen sich auf die Summe, die schliesslich vom einen oder anderen ausbezahlt ist, nehmen das Geld entgegen und erstellen eine Quittung per Saldo."⁷⁾

6) Von Tuhr/Escher, S. 1: "Das Ziel der Obligation ist die Erfüllung (solutio), durch welche der Zweck der Obligation erreicht und die Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner durch Befreiung des Schuldners beendet wird."

7) Schweingruber, Gewerkschaftliche Rundschau, 1972, S. 152 f.

2. Zur "Rechtfertigung" der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis

Es stellt sich hier nun die Frage, ob das Arbeitsverhältnis mit Blick auf das oben Gesagte grundsätzlich als Anwendungsbereich für die Saldoquittung prädestiniert erscheint. – Dies muss in der Tat angenommen werden, denn gerade hier finden wir viele jener Elemente, die wie oben erwähnt dazu führen können, ein Vertragsverhältnis unübersichtlich werden zu lassen: Es wäre einmal zu nennen eine Vielzahl von Forderungen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entstehen können, so etwa die Ansprüche auf Grundlohn, Ueberstundenentschädigung, Schichtzulage, Nachtarbeitzulage, Ferienlohn, Lohn bei Krankheit, Gratifikation, Auslagenersatz, Abgangsentschädigung, Lohnnachgenuss etc. Verwirrend kann ferner die grosse Zahl von konkurrierenden Normen wirken, aus denen sich die einzelnen Forderungen ableiten; neben den Einzelabreden der Parteien sind möglicherweise zu berücksichtigen: allfällige Rahmen-, Gesamt- oder Normalarbeitsverträge, ferner die teils dispositiven, teils zwingenden Vorschriften des Obligationenrechts (Art 361 und 362 OR), die allgemeinen Bestimmungen des Vertrags- und Privatrechts und schliesslich die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften von Bund und Kantonen. Als weiterer Umstand ist in diesem Zusammenhang ferner auch die Tatsache zu nennen, dass sich ein Arbeitsverhältnis regelmässig über eine gewisse, meist längere Zeitspanne erstreckt, was zu Diskussionen und Beweisschwierigkeiten über Bestand, Umfang und Erfüllung früher entstandener Forderungen führen kann; zu denken wäre hier etwa an den Auslagenersatz, an die Ueberstundenentschädigung, an den Ferienanspruch oder an das Krankengeld.

Aus dieser Sicht wird denn auch die Saldoquittung in Literatur und Judikatur vielfach als taugliches Mittel zur Bereinigung eines Arbeitsverhältnisses – während dessen Dauer⁸⁾ oder insbesondere bei dessen Beendi-

8) Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. April 1955, ZR 55, Nr. 92: Eine Saldoquittung kann sich zu Recht auch bereits während der Dauer eines Vertragsverhältnisses als zweckmässig erweisen. In diesem Sinne auch das dort erwähnte, frühere Urteil des gleichen Gerichts vom 28. Mai 1953 in Sachen M. gegen W. & Co. AG.

gung - empfohlen oder doch zumindest anerkannt. So gelangt etwa das Gewerbegericht Zürich zur Ansicht, dass es einem rechtlich nicht zu beanstandenden Bedürfnis entspreche, "beim Ausscheiden von Arbeitnehmern, eine umfassende Erledigung aller auf das Dienstverhältnis sich gründenden Ansprüche und Forderungen der Dienstvertragsparteien herbeizuführen und dies schriftlich in Form einer Schlussquittung festzuhalten." ⁹⁾ Noch prononciertere Formulierungen finden wir dort, wo die Saldoquittung gegenüber ihren Kritikern verteidigt wird, so beispielsweise in der deutschen Literatur bei Neumann: "Es besteht ... keine Veranlassung, eine Ausgleichsquittung generell als unsittlich, rechtsmissbräuchlich oder asoziale Massnahme anzusehen, vielmehr dient es beiden Vertragsparteien, wenn bei Beendigung des Arbeitsvertrages endgültig abgerechnet und ein Schlussstrich unter das ganze Arbeitsverhältnis gemacht wird." ¹⁰⁾

Wir möchten diese Meinung nicht rundweg ablehnen und zugeben, dass die Saldoquittung an sich auch im Arbeitsverhältnis als grundsätzlich geeignetes Mittel zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse dienen kann. Allerdings sei hier mit Nachdruck auf zwei Vorbehalte hingewiesen:

- a) Wie wir eben dargelegt haben, erscheint das Schuldverhältnis aus Arbeitsvertrag auf Grund seiner Vielfältigkeit und seiner langen Zeitdauer einerseits als idealer Anwendungsbereich für die Saldoquittung. Andererseits verlangt aber die besondere, typische Struktur des Arbeitsverhältnisses gleichzeitig auch grösste Umsicht bei der "Handhabung" der Saldoquittung. Davon handelt der folgende Abschnitt. dieses Kapitels.

9) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8b, S. 69.

10) Neumann, DB 1960, S. 1453. - Die gleiche Ansicht wird auch von zahlreichen anderen deutschen Autoren vertreten: Hueck/Nipperdey, Band I, S. 292; Nikisch, 1. Band, S. 318; Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, S. 328; Schwedes, S. 221; Vogler, S. 1689. - Die Auffassung dieser Autoren deckt sich mit der konstant vertretenen Meinung des früheren Reichsarbeitsgerichtes: Siehe Urteile in Arb.R.Smlg., Band 26, S. 242, Band 21, S. 216 und Band 8, S. 117.

- b) In aller Regel soll die Saldoquittung nur im Sinne einer "ultima ratio" eingesetzt werden, d.h. erst dann, wenn sich die Parteien mit der gebührenden Sorgfalt bemüht haben, über die noch bestehenden Forderungen Klarheit zu verschaffen¹¹⁾.

II. Die Problematik der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis

Die Anwendung der Saldoquittung ist im Arbeitsrecht seit je sehr umstritten. Schwartz schreibt dazu: "Unter den in der Praxis der gewerblichen Schiedsgerichte vorkommenden Urkunden ist die umstrittenste die Saldoquittung."¹²⁾ Deutliche Voten in dieser Richtung lassen sich auch nachlesen im Protokoll der Nationalratssitzung vom 18. Juni 1956, als die Einführung des Verzichtverbotes in Art 323 Abs 3 OR (1956) zur Diskussion stand¹³⁾. Namentlich die den Gewerkschaften nahestehenden Ratsmitglieder wiesen nachdrücklich auf die "zur Genüge bekannte" Gefährlichkeit der Saldoquittung hin, die vielfach zu einer Uebervorteilung der Arbeitnehmer führe. In den Erläuterungen zum revidierten 10. Titel OR (1971) wurde in einer Zeitschrift¹⁴⁾ ausgeführt, dass nun mit dem neuen Art 341 OR endlich dem "Unwesen der Saldoquittung zu Leibe gerückt werde". Ein deutscher Autor schreibt zu dieser Frage: "Der Ausgleichsquittung möchte man den Untergang wünschen."¹⁵⁾ Diese Kritiken, die sich vornehmlich auf die Verhältnisse in der Praxis abstützen, können nicht von der Hand gewiesen werden; in drei Gruppen zusammengefasst wird im folgenden näher auf sie eingegangen:

-
- 11) Siehe dazu Schlessmann, Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, S. 327.
12) Schwartz, S. 116; beinahe wörtlich wird diese Meinung auch in einem Urteil des Gew.G. Zürich vertreten, siehe JB 1965/66, Nr. 9, S. 58.
13) Sten. Bulletin NR 1956, S. 238 f, insbesondere die Voten der Nationalräte A. Borel, Ph. Schmid und O. Schütz. - Siehe hierzu auch die Ausführungen auf S. 85 f.
14) Der schweizerische Beobachter, 1972, Nr. 4, S. 18.
15) Frey, S. 160.

1. Die Einseitigkeit der Interessenlage

Bereits im vorausgehenden Abschnitt wurde auf die Vielzahl von Forderungen hingewiesen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entstehen können. Wenn wir dabei nun die Verteilung der Forderungen auf die Parteien betrachten, so wird es offensichtlich, dass meist eine geringe Zahl von Arbeitnehmer- einer Vielzahl von Arbeitgeberpflichten gegenüber stehen. Dies zeigt sich auch schon optisch bei einer Durchsicht des 10. Titels OR, wo im ersten Abschnitt unter lit. B "Pflichten des Arbeitnehmers" 6 Artikel und unter lit. C "Pflichten des Arbeitgebers" deren 28 aufgeführt werden. Es soll damit nicht etwa behauptet werden, die Leistungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer stünden ihrem inneren Gehalt nach in einem Missverhältnis; es wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Hauptpflicht des Arbeitnehmers, seine Arbeitskraft in den Dienst des Arbeitgebers zu stellen, eine grosse Zahl verschiedener Arbeitgeberpflichten (neben der Lohnzahlungspflicht) gegenüberstehen. Dadurch wird die Transparenz des Schuldverhältnisses für den Arbeitnehmer beeinträchtigt. Einfacher ausgedrückt will das heissen: Ob der Arbeitnehmer seine Pflichten erfüllt hat, wird eher selten zu Diskussionen Anlass geben; ob und welche Forderungen jedoch zu seinen Gunsten bestehen und ob der Arbeitgeber sie vollumfänglich erfüllt hat, ist oft viel schwieriger erkennbar, überblickbar und nachweisbar.

Bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wird es in den meisten Fällen auch so sein, dass die Pflichten des Arbeitnehmers erfüllt wurden¹⁶⁾ und lediglich noch über die Leistungen des Arbeitgebers abgerechnet werden muss. Deshalb wird eher der Arbeitnehmer als der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt noch "offene" Ansprüche entdecken und geltend machen können. Angesichts dieser Sachlage liegt wohl das Interesse

16) Die Entlastung des Arbeitnehmers wird häufig im Arbeitszeugnis ausgedrückt, z. B. mit der Wendung "Er verlässt uns frei von jeglicher Verpflichtung", oder im französischen Sprachgebiet: "Il nous quitte libre de toute obligation".

an einer vollständigen Bereinigung¹⁷⁾ des Arbeitsverhältnisses mittels einer Saldoquittung zweifellos in erster Linie beim Arbeitgeber. Entsprechend gross ist denn auch die Gefahr, dass es sich bei den Forderungen, die den Parteien unbekannt oder zur Zeit nicht präsent sind, vor allem um Ansprüche des Arbeitnehmers handeln wird. In diesem Sinn muss, zumindest der Tendenz nach, Frey recht gegeben werden, wenn er die Meinung vertritt, dass "die Ausgleichsquittung praktisch nur zum Nachteil der Arbeitnehmer" wirke¹⁸⁾.

2. Die Einseitigkeit des Kräfteverhältnisses

Im Verlaufe dieser Arbeit werden wir noch verschiedentlich und ausführlich auf die sog. Abhängigkeit des Arbeitnehmers (vom Arbeitgeber) zu sprechen kommen¹⁹⁾. Vorweg sei bereits auf die Tatsache verwiesen, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Regel nicht als gleich starke Vertragsparteien gegenüberstehen, weder beim Abschluss des Arbeitsvertrages, noch während dessen Dauer, noch bei dessen Beendigung. Der Arbeitgeber als meist stärkerer Vertragspartner wird es leichter haben, seinen Willen und seine Interessen durchzusetzen, als der Arbeitnehmer. Diese Position der Stärke kann nun vor allem den illoyalen Arbeitgeber dazu verleiten, die Saldoquittung nicht im Interesse einer Vertragsbereinigung, also im Sinne der Sicherheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu verwenden, sondern sie nur zum eigenen Nutzen, ja unter Umständen zur Uebervorteilung des Arbeitnehmers einzusetzen, indem dessen berechtigte Ansprüche kurzerhand gestrichen werden. Dass diese Bedenken nicht bloss theoretischer Natur oder aus der Luft gegriffen sind, sondern durch die Praxis bestätigt werden, lässt sich anhand der arbeitsrechtlichen Judikatur häufig nachweisen²⁰⁾. Bekannt sind namentlich jene

17) Nämlich im Sinne seiner eigenen Entlastung.

18) Frey, S. 160; in gleichem Sinne auch Althof, S. 289.

19) Siehe insbesondere S. 76 ff.

20) Vgl. dazu Anm. 97, S. 58.

Fälle, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erklärt, er erhalte seine Ansprüche (Lohn, Feriengeld, Auslagenersatz etc.) nur dann ausbezahlt, wenn er vorher eine Saldoquittung unterzeichne. Ein Arbeitnehmer, der sich in dieser Situation nicht zu wehren weiss oder der dringend auf sein Geld angewiesen ist, wird dann unterschreiben²¹⁾.

Ergänzend soll hier noch auf einen weiteren Sachverhalt hingewiesen werden: Zwischen die loyalen und die illoyalen Arbeitgeber könnte die Kategorie der unsorgfältigen Arbeitgeber eingeordnet werden, die sich zu wenig ins Bild setzen über ihre vertraglichen und gesetzlichen Pflichten gegenüber ihren Arbeitnehmern. Damit sich ihre Unkenntnis nicht zu ihren Ungunsten auswirken kann, lassen sie sich "zur Sicherheit" eine Saldoquittung ausstellen. Wenn dann der Arbeitnehmer zu einem späteren Zeitpunkt erfährt, dass da noch Ansprüche bestanden hätten, die nicht erfüllt wurden, so wird ihm bei seiner Nachforderung der negative Schuldanererkennungsvertrag, d.h. die Saldoquittung entgegengehalten.

3. Die Gefahr von Missverständnissen

Wir haben bereits verschiedentlich hervorgehoben, dass die Saldoquittung ein sehr einfaches Instrument sei, um eine umfassende Bereinigung eines Schuldverhältnisses herbeizuführen. In dieser Einfachheit liegt nun aber gerade auch die Tücke der Saldoquittung: Hinter einer einfachen Formel, die sich meist stark an den Wortlaut einer gewöhnlichen Quittung anlehnt, verbirgt sich ein juristisch und faktisch viel weiter gehendes Rechtsgeschäft, nämlich ein negativer Schuldanererkennungsvertrag. Diese Diskrepanz zwischen dem äusseren Erscheinungsbild und dem inneren Gehalt einer Saldoquittung birgt jedoch, vor allem für den im Geschäftsverkehr unerfahrenen Arbeitnehmer, die Gefahr einer Benachteiligung in sich²²⁾.

21) Siehe dazu S. 57 ff.

22) Siehe dazu S. 39 ff.

III. Die Schranken der Saldoquittung im Arbeitsverhältnis

Fasst man die Erkenntnisse aus den beiden vorausgehenden Abschnitten zusammen, so wird ein Interessenkonflikt deutlich erkennbar: Auf der einen Seite findet sich, insbesondere beim Austritt des Arbeitnehmers, das berechtigte Interesse des Arbeitgebers, im Sinne der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens eine endgültige Bereinigung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen. Dem steht jedoch die Tatsache gegenüber, dass die Saldoquittung dem Arbeitnehmer keine Vorteile, sondern in der Regel nur Nachteile bringt, da es in der Natur der Sache liegt, dass es meist nur noch Arbeitnehmer-Ansprüche sind, die "bereinigt" werden sollen. Dabei ist es nicht immer notwendig, dass auf Seiten des Arbeitgebers ein illoyales Verhalten vorliegen muss, oft kann auch schon die eigene Unachtsamkeit des Arbeitnehmers zu seiner Benachteiligung führen. - Zu Ungunsten des Arbeitnehmers tritt ferner der Umstand hinzu, dass sich in diesem Interessenkonflikt meist der Arbeitgeber als der stärkere Vertragspartner durchzusetzen vermag; in der Praxis wird es wohl meistens seinem Gutdünken überlassen sein, ob der Arbeitnehmer eine Saldoquittung zu unterzeichnen habe oder nicht. Häufig wird der Schlussbetrag zusammen mit der vorbereiteten Saldoquittung auf den Tisch gelegt, und der Arbeitnehmer muss befürchten, dass das Geld ohne Unterzeichnung der Quittung (vorläufig) nicht ausgehändigt wird²³⁾. - Angesichts dieser Sachlage drängt es sich auf, der Frage nachzugehen, ob und wie das Gesetz korrigierend in dieses ungleiche Kräfteverhältnis eingreift.

1. Die allgemeinen Normen des Obligationenrechts

Bei Schwartz finden sich folgende Ueberlegungen: "Ergibt sich einwandfrei das Bestehen einer Mehrforderung, und kann der Empfänger einer

23) Siehe dazu S. 32 f. und 57 ff.

Saldoquittung keinen plausiblen Grund für den darin enthaltenen Verzicht angeben, dann bleibt ein Willensmangel die einzige Erklärung für die (Saldo-, d. V.) Quittung.²⁴⁾ Wenn uns diese Meinung auch etwas überspitzt und nicht genügend differenziert erscheint, so weist sie doch in die richtige Richtung. Als Fehltatbestände können dabei allerdings nicht nur die sog. "klassischen" Willensmängel im Sinn von Art 23 ff OR, also Irrtum, Täuschung oder Drohung in Frage kommen, sondern es stellt sich immer auch die primäre Frage, ob sich der einer Saldoquittung zugrunde liegende Schuldauflösungsvertrag nicht bereits schon wegen mangelnden Konsenses als ungültig erweist. In bestimmten Fällen können allenfalls auch die Tatbestandsmerkmale einer Uebervorteilung im Sinne von Art 21 OR erfüllt sein. Mit der Möglichkeit einer Berufung auf die allgemeinen Normen des Vertragsrechtes verfügt der Arbeitnehmer an sich bereits über ein vielfältiges Instrumentarium, um gegen unbillige Saldoquittungen anzugehen²⁵⁾. Der Nachteil dieser Schranken darf indessen nicht übersehen werden; er liegt in der Tatsache begründet, dass die Anwendung der erwähnten Gesetzesvorschriften alles andere als einfach ist. Die Probleme von Dissens und Irrtum dürften wohl mit zu den kompliziertesten Fragen der Rechtsdogmatik gezählt werden. Zu den rechtlichen Problemen gesellen sich meist noch die prozessualen Schwierigkeiten, etwa die Beweisbarkeit des geltend gemachten Willensmangels. Diese Umstände werden den Arbeitnehmer in der Praxis wohl häufig davon abhalten, den Weg zum Richter einzuschlagen.

2. Die besonderen Schranken aus dem Arbeitsrecht

Die Erkenntnis, dass die allgemeinen Normen des Obligationenrechts im täglichen Leben den Arbeitnehmer nicht ausreichend vor unbewussten oder unfreiwilligen Verzichten zu schützen vermochten, haben den Gesetzgeber

24) Schwartz, S. 117.

25) Näheres dazu siehe in §3, S. 38 ff.

veranlasst, eine neue, besondere Schranke gegen die Saldoquittung in das Arbeitsvertragsrecht aufzunehmen. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde in der Schweiz bereits 1956 mit der Einführung von Art 323 Abs 3 OR (1956) unternommen.²⁶⁾ Diese Bestimmung enthielt ein – wenn auch zeitlich beschränktes – Verbot, auf Forderungen zu verzichten, soweit diese dem Arbeitnehmer auf Grund eines Gesamtarbeitsvertrages zustehen. Anlässlich der Revision des 10. Titels OR von 1971 wurde diese Gesetzesvorschrift verstärkt. Der neue Art 341 OR hat den Geltungsbereich des Verzichtsverbotes entscheidend erweitert: Ungültig ist nun der Verzicht eines jeden Arbeitnehmers, soweit Forderungen aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages davon betroffen werden. Das Verbot gilt vom Beginn des Arbeitsverhältnisses an bis nach Ablauf eines Monats nach dessen Beendigung. Damit wird eine Saldoquittung, soweit sie sich auf die besonders geschützten Ansprüche bezieht und sofern sie innerhalb der erwähnten Sperrfrist unterzeichnet wurde, ipso iure ungültig; eine Anfechtung unter Berufung auf Dissens oder Willensmängel wird überflüssig. Mit Art 341 OR erhält der Arbeitnehmer ein sehr weitgehendes Mittel, um sich gegen die Folgen einer Saldoquittung zu schützen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die erwähnte Gesetzesvorschrift auch eine Art "generalpräventive" Wirkung hat, indem sie viele Arbeitgeber davon abgebracht hat, weiterhin die Unterzeichnung von Saldoquittungen zu verlangen. Die Arbeitgeber müssen sich heute nämlich dessen bewusst sein, dass auch eine frei von Willensmängeln zustande gekommene Saldoquittung nur noch teilweise gültig ist und sie vor Nachforderungen des Arbeitnehmers nur begrenzt zu schützen vermag.

Da der Saldoquittung nach dem Inkrafttreten von Art 341 OR keine umfassende Wirkung mehr zukommen kann, hat sie praktisch ihre Hauptfunktion und ihren "legitimen" Hauptzweck, die endgültige Bereinigung

26) Auf die Frage, wie weit sich bereits aus Art 323 Abs 1 OR von 1911 ein Verzichtsverbot ableiten liess, wird später eingegangen. Siehe dazu S. 92 ff.

des Arbeitsverhältnisses, verloren. – Auf die Entstehung und Bedeutung dieser neuen, spezifisch arbeitsrechtlichen Schranke der Saldoquittung wird näher im zweiten Hauptteil dieser Arbeit eingegangen.

§ 3 DIE SALDOQUITTUNG UND DAS VERTRAUENSPRINZIP

In der Praxis der Arbeitsgerichte sind jene Fälle häufig, da ein Arbeitnehmer die Gültigkeit oder den Umfang der von ihm unterzeichneten Saldoquittung bestreiten will, indem er geltend macht, er habe die Urkunde nicht gelesen, nicht oder anders verstanden, er sei getäuscht worden oder er habe nur unter Zwang unterschrieben. Wie sind derartige Fälle zu beurteilen? - Wir möchten diesen Fragenkomplex hier möglichst praxisbezogen, d. h. in Anlehnung an die arbeitsrechtlichen Entscheide behandeln. Aus diesem Grund hat es sich als zweckmässig und zulässig erwiesen, die Hinweise auf die Willensmängel gemäss Art 23 ff OR relativ knapp zu halten und statt dessen die Anwendbarkeit und die dominierende Stellung des Vertrauensprinzips gebührend hervorzuheben.¹⁾

I. Die Frage nach dem Konsens

1. Allgemeines

a) Die Ausgangslage

Im 55. Jahresbericht (1949) des Gewerbegerichts der Stadt Bern befasst sich Notar H. Schweingruber^{1a)} mit der Behandlung der Saldoquittung durch die Arbeitsgerichte. Er warnt dabei vor der in der Praxis festzustellenden Tendenz, eine Saldoquittung des Arbeitnehmers durch eine large Auslegung leichthin als unverbindlich zu erklären: "Man ruft sich deshalb genau in Erinnerung, auf was es bei der Würdigung einer Saldoquittung allgemein ankommt."²⁾ Dieser Forderung versuchen wir hier nachzukommen.

1) Die Irrtumslehre in Verbindung mit dem Vertrauensprinzip wird neuerdings von Hausheer als "Paradestück der hohen Schule der Zivilrechtsdogmatik" bezeichnet. Referat SJV 1976, S. 264.

1a) Es ist hier darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesem hier zitierten Autor nicht, wie dies im Bericht des Gew.G. Zürich, 1958, Nr. 8a, S. 61 gesagt wurde, um den "Kommentator des Dienstvertrages Dr. E. Schweingruber" handelt.

2) Zit. in SJZ 46, S. 212.

Sofern und soweit einer Saldoquittung die Funktion einer Verichtsvereinbarung zukommt, bedarf es für ihr gültiges Zustandekommen des Konsenses beider Parteien. Ist es nun in einem konkreten Fall streitig, ob wirklich zwei übereinstimmende Willensäusserungen vorliegen, so ist nach folgender, auf dem Vertrauensprinzip beruhenden Regel zu entscheiden: "Eintritt und Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Wirkung bestimmen sich danach, wie eine Person (der "Empfänger") einen wirklichen oder vermeintlichen Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und musste"³⁾. Man kommt auf diesem Weg zu einer Objektivierung des Sinnes einer Willensäusserung, d.h. es ist weder der Sinn massgeblich, den der Erklärende seiner Willensäusserung subjektiv zugemessen hat, noch kommt es darauf an, wie der Empfänger diese Erklärung subjektiv interpretiert hat, sondern die Willensäusserung gilt so, wie sie vom Gesichtspunkt vernünftiger und korrekter Leute aus – nach Treu und Glauben – unter den gegebenen Umständen beurteilt werden muss⁴⁾. Somit bedarf es keiner weiteren Abklärung, ob und wieweit die Willensäusserung (ein Vorgang) einem inneren Tatbestand, d.h. dem Willen des Erklärenden oder der Erkenntnis des Empfängers entsprochen hat⁵⁾.

b) Die ungelesen oder unverstanden unterzeichnete Urkunde

Ueberschrift und Inhalt dieses Abschnittes lehnen sich an eine viel zitierte Arbeit von Oftinger an⁶⁾. Auszugehen ist von der Tatsache, dass im täglichen Leben viele Leute gegen ein elementares Vorsichtsgebot des

3) Schönenberger/Jäggi, N 181 zu Art 1 OR.

4) Oftinger, Festgabe Simonius, S. 264; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 25.

5) Schönenberger/Jäggi, N 195 zu Art 1 OR.

6) K. Oftinger, "Die ungelesen unterzeichneten Urkunden und verwandte Tatbestände" in "Aequitas und bona fides", Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, S. 263 ff (zit. Oftinger, Festgabe Simonius). Vgl. ferner auch Schönenberger/Jäggi, N 421 ff zu Art 1 OR ("Die Rechtslage bei einer Erklärung unter Verwendung einer nicht gelesenen oder nicht verstandenen Urkunde.")

Vertragslebens verstossen, indem sie eine Urkunde, die sie unterzeichnen, entweder gar nicht lesen oder indem sie die Urkunde unterschreiben, ohne deren Inhalt zu verstehen. Die Frage ist nun, ob sich der Unterzeichner eines Erklärungstextes nachträglich auf seine Unterlassung oder auf sein mangelndes Verständnis berufen und so seine Erklärung rückgängig (ungültig) machen kann.

Als Grundsatz gilt: Wer eine Erklärung, ohne sie zu verstehen oder ohne sie überhaupt zu lesen, unterzeichnet, muss sich deren Inhalt unterziehen und den Text so gelten lassen, wie er lautet. Das Vertrauen des Empfängers darauf, dass der Erklärende sich dem Text der Urkunde unterziehen will, wird geschützt. Auch wenn tatsächlich ein Dissens vorliegt, kann sich der Erklärende nicht darauf berufen. Er hat allfällige ihm erwachsende Nachteile seiner eigenen Unsorgfalt⁷⁾ zuzuschreiben und muss diese selbst tragen. Der Schutz des gutgläubigen Empfängers gilt selbst dann, wenn diesem das Nichtlesen oder das Nichtverstehen auf seiten des Vertragspartners bekannt oder erkennbar war⁸⁾, er jedoch aufgrund der Umstände annehmen durfte, der Unterzeichner wolle sich dem Wortlaut der Erklärung gleichwohl unterziehen.

Vom Grundsatz lassen sich auch die Ausnahmen des Vertrauensprinzips ableiten: Dort wo die Gegenpartei erkannte oder in Anbetracht der konkreten Umstände erkennen musste, dass der Inhalt einer Urkunde nicht gewollt war, ist der Erklärende nicht an seine Unterschrift gebunden. Ob in einem solchen Falle ein Rechtsgeschäft als vollständig gescheitert (inexistent) betrachtet werden muss, oder ob sich allenfalls der Erklärende auf das für ihn günstigere, eigene Konsensbewusstsein berufen kann, hängt wiederum von den näheren Umständen ab. Die zweite Rechtslage tritt dann ein, wenn der Dissens einseitig nur dem Erklärenden verborgen, dem Empfänger jedoch von Anfang an bekannt war,

7) BGE 69 II 238: Die Unterzeichnung einer nicht gelesenen oder nicht verstandenen Urkunde hat zweifellos als Unsorgfalt zu gelten; die Nachteile hat der Erklärende selbst zu tragen.

8) Schönenberger/Jäggi, N 421 zu Art 1 OR.

oder wenn der Dissens zwar beidseitig versteckt, aber vom Empfänger einseitig verursacht war⁹⁾.

2. Die ungelesen oder unverstanden unterzeichnete Saldoquittung im Arbeitsrecht

a) Anwendbarkeit und Grenzen des Vertrauensprinzips

In der oben erwähnten Arbeit von Oftinger wird gerade die Saldoquittung, vor allem im Bereich des Versicherungs-¹⁰⁾ und Arbeitsvertrages, als Musterfall der ungelesen unterzeichneten Urkunde hingestellt¹¹⁾. So könnte man sich jetzt mit der Feststellung begnügen, dass die eben dargelegten Regeln ohne weiteres und ohne Einschränkung auch für die Saldoquittung im Arbeitsrecht Geltung hätten. Allein mit dem blossen Hinweis auf die Anwendbarkeit des Vertrauensprinzips ist bei der Beurteilung des Einzelfalles in der Praxis nicht immer gedient: "Das Vertrauensprinzip bietet nur die richtige Fragestellung, nicht auch die Lösung; diese muss erst durch die Würdigung aller Umstände (des Einzelfalles, d. V.) erarbeitet werden."¹²⁾ So können wir im folgenden keine allgemein gültigen Lösungsvorschläge anbieten. Wir möchten aber den Versuch unternehmen, an Hand von Beispielen aus der Judikatur einige Anhaltspunkte zu geben, die dem Praktiker von Nutzen sein können.

b) Der Wortlaut der Saldoquittung

Bevor überhaupt die Prüfung der Rechtsfrage, ob eine gültige, rechtswirksame Verichtsvereinbarung zustande gekommen sei, an die Hand ge-

9) Schönenberger/Jäggi, N 423 zu Art 1 OR.

10) Siehe dazu Berger, S. 193 ff und S. 225 ff.

11) Oftinger, Festgabe Simonius, S. 265 und S. 269, insbesondere Anm. 30; desgleichen auch von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 130 f.

12) Schönenberger/Jäggi, N 204 zu Art 1 OR.

nommen werden kann, ist die Tatfrage abzuklären, ob in concreto der äussere Erklärungstatbestand einer Saldoquittung vorliege, d.h. ob die Erklärung ihrem Wortlaut nach als "Saldoquittung" zu gelten habe. - Wie wir bereits oben dargelegt haben¹³⁾, gibt es keine allgemein gebräuchliche oder gar vorgeschriebene "Standardformulierung". So ist es zwar üblich, aber durchaus nicht erforderlich, dass die Parteien den Ausdruck "per Saldo" in eine abschliessende Verichtsvereinbarung mitaufnehmen¹⁴⁾. Von den Gerichten wurden beispielsweise folgende Erklärungen ohne weiteres als Saldoquittungen anerkannt: "Von der Firma X für alle seine Ansprüche auf Lohn, Zeugnis usw. befriedigt zu sein, bestätigt ..." ¹⁵⁾. "Hiermit stelle ich nach Austritt aus der Firma Y keine weiteren Ansprüche." ¹⁶⁾ "Mit der erhaltenen Schlussabrechnung vollständig einverstanden ..." ¹⁷⁾. Ist im Einzelfall der Erklärungstext nicht eindeutig, so muss ein Entscheid mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln gefunden werden¹⁸⁾.

Erst wenn diese Vorabklärung ergeben hat, dass der Wortlaut und/oder die besonderen Umstände den äusseren Erklärungstatbestand einer Saldoquittung erfüllen, stellt sich jetzt die weitere Frage, ob der Arbeitgeber als formeller Adressat diese Erklärung des Arbeitnehmers in guten Treuen und nach Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände als abschliessende Verzichtserklärung auffassen durfte und musste. Der Hinweis auf die erkennbaren Umstände macht deutlich, dass diese Frage nur im konkreten Einzelfall beantwortet werden kann. Nachstehend wollen wir einzelne Entscheidungskriterien erläutern, die in der Judikatur häufig anzutreffen sind.

13) Siehe S. 5.

14) Gew.G. Bern, JB 1931, Nr. 56.

15) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8b, S. 66.

16) Gew.G. Zürich, JB 1966, Nr. 6b, S. 44.

17) Gew.G. Bern, JB 1931, Nr. 56, S. 37.

18) Siehe S. 60 ff.

c) Die äussere Gestaltung der Urkunde und der Kontext

Im Sinne der Eindeutigkeit könnte man diejenige Saldoquittung als "Ideal-fall" bezeichnen, die für sich allein auf einem separaten Formular er-scheint und zusätzlich mit einer entsprechenden Ueberschrift versehen ist¹⁹⁾. Umgekehrt darf der Verzichtwillen eines Arbeitnehmers dort in Zweifel gezogen werden, wo sich die Saldoklausel auf einer Urkunde fin-det, die primär einem anderen Zweck, z.B. als AHV-²⁰⁾ oder als Tag-geldabrechnung²¹⁾ dient. Ähnliches gilt für jene Fälle, da die Saldoer-klärung an leicht übersehbarer Stelle oder in kleiner Schrift auf einer Urkunde vermerkt wird²²⁾. In einem Urteil des Gewerbegerichts Zü-rich²³⁾, das sich mit einer kleingedruckten Verzichtserklärung ausein-andersetzt, wird vergleichsweise auf den Fall der "kleingedruckten" Ge-richtsstandklausel verwiesen, der vom Bundesgericht schon verschiedent-lich behandelt worden ist²⁴⁾. In konstanter Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht dabei die Meinung, dass eine derartige Klausel keinen Be-stand habe, wo sie sich an leicht übersehbarer Stelle befinde, kleinge-druckt und bei der Vertragsverhandlung nicht besprochen worden sei, oder wo sie nach der Natur des Vertrages nicht zu erwarten war²⁵⁾. Ebenfalls an diese Rechtsprechung anknüpfend vertreten Schönenberger/Jäggi die Meinung, dass sich die Anwendung der dort entwickelten Regeln "auch auf andere vorgeformte Inhalte, welche die Rechtswahrung als sol-che beschränken (z.B. ... die Erteilung einer Saldoquittung) rechtferti-ge."²⁶⁾ - Schliesslich soll sich die Saldoquittung auch deutlich erkennbar von einer blossen, "normalen" Lohnquittung unterscheiden²⁷⁾.

19) Gew.G. Zürich, ZR 43, 3d; JB 1965/66, Nr. 9; JB 1958, Nr. 8b.

20) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8a.

21) Gew.G. Basel, JB 1952 II/2.

22) Appellationsgericht des Kantons Basel Stadt, SJZ 52, S. 381.

23) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8a, S. 64.

24) BGE 93 I 323, 91 I 14, 87 I 150, 57 I 11, 52 I 268.

25) Dieser Entscheid wurde publiziert in NZZ 1935, Nr. 1057.

26) Schönenberger/Jäggi, N 504 zu Art 1 OR.

27) Gew.G. Bern, ARV 12, Nr. 40, S. 106; in gleichem Sinne auch die deutschen Autoren Nikisch, Band I, S. 371, Anm. 220; Schlessmann, Die Kündigung, S. 328; Neumann, S. 1454.

Wo die äussere drucktechnische Gestaltung der Saldoquittung in diesem Sinne mangelhaft ist, wirkt sich das Vertrauensprinzip zum Schutz des unterzeichnenden Arbeitnehmers aus, wenn er geltend machen kann, er habe die Verzichtsklausel übersehen. Der Arbeitgeber als Verfasser der Urkunde muss es sich zu seinen Ungunsten anrechnen lassen, dass der Text unübersichtlich gestaltet oder die Erklärung schlecht plazierte²⁸⁾.

d) Die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers

Zu den besonderen Umständen, die der Empfänger einer Erklärung berücksichtigen muss, gehören die sog. "persönlichen Verhältnisse" (Alter, Geschlecht, Gesundheitszustand, Bildungsgrad, Sprachkenntnisse etc.) des Erklärenden²⁹⁾. Diese Verhältnisse hat namentlich auch ein Arbeitgeber zu beachten, der einem Arbeitnehmer eine Saldoquittung zur Unterzeichnung vorlegt. Er muss berücksichtigen, dass sein Vertragspartner wohl häufig über wenig Geschäftserfahrung und unter Umständen auch über ein geringeres intellektuelles Niveau verfügt³⁰⁾. So finden sich in der arbeitsrechtlichen Judikatur zahlreiche Entscheide, die sich etwa mit der Frage befassen, ob der Arbeitgeber im konkreten Falle davon ausgehen durfte, dass der Arbeitnehmer den Begriff "per Saldo" richtig, d.h. im Sinn der allgemeinen Umgangssprache verstanden habe. Bei der Beantwortung dieser Frage stehen meist die Kriterien Beruf, Muttersprache und Geschlecht im Vordergrund. Die nachstehend aufgeführten Beispiele werden zeigen, dass sich in der Rechtsprechung trotz der Häufigkeit der Fälle keine "Einheitsregeln" herausgebildet haben.

So wurde etwa wie folgt zu Gunsten des fremdsprachigen Arbeitnehmers entschieden: "Umsoweniger kann angenommen werden, dass es ih-

28) Schönenberger/Jäggi, N 422 f zu Art 1 OR.

29) Schönenberger/Jäggi, N 273 zu Art 1 OR. Vgl. in diesem Sinne die Differenzierung in Art 321c Abs 2 OR (Haftung des Arbeitnehmers).

30) Dieser Sachverhalt wird etwa als "intellektuelle Abhängigkeit" des Arbeitnehmers bezeichnet; siehe dazu S. 79.

rem Willen entsprach, auf alle weiteren Ansprüche zu verzichten, als die Klausel "per Saldo aller Ansprüche" dies für einfachere Leute, wie es die Klägerinnen sind (Maschinenbüglerinnen, Italienerinnen)³¹⁾, nicht genügend deutlich zum Ausdruck bringt."³²⁾ - "So gelangt das Gericht zur Ueberzeugung, dass die Klägerin (Serviertochter, Italienerin, in der welschen Schweiz aufgewachsen) der deutschen Sprache nicht mächtig ist, demnach die fraglichen Ausdrücke "per Saldo Lohn und jeglicher Ansprüche" nicht verstanden hat ..."³³⁾ - In anderen Fällen wiederum wurde zu Ungunsten der fremdsprachigen Arbeitnehmer entschieden: "Dieser Ausnahmefall (Ungültigkeit auf Grund des Vertrauensprinzips, d. V.) liegt hier nicht vor. Der Kläger (Monteur, Italiener) spricht Italienisch und Deutsch, und es wurde in beiden Sprachen abgerechnet. Der Ausdruck "per Saldo" stammt aus der italienischen Sprache. Bereits am 7. Oktober 1957 hat das Gewerbegericht der Stadt Bern entschieden (Jahresbericht 1957, Nr. 4), ein italienischer Officebursche von durchschnittlicher Intelligenz, der recht gut Deutsch spreche, könne sich nicht darauf berufen, er sei sich der Bedeutung einer Quittung "per Saldo aller Ansprüche" nicht bewusst gewesen. Der Ausdruck stamme aus dem Italienischen und werde von einem Italiener bestimmt besser verstanden, als von seinen Schweizer Kollegen."³⁴⁾

Unter Berücksichtigung des Bildungsgrades wurde wie folgt zu Gunsten des Arbeitnehmers entschieden: "Die kaufmännisch ungebildete, dienstpflichtige Werbedame bei einer Staubsaugerfirma kann bei ihrer, unter eine Quittung mit dem Ausdruck "per Saldo" oder dergleichen gesetzten Unterschrift nicht behaftet werden, wenn ihr die Bedeutung der Quittung (Verzicht auf alle Ansprüche) bei der Unterzeichnung nicht näher erklärt worden ist."³⁵⁾

31) Hier, wie auch in den übrigen Zitaten, werden die Hinweise auf die persönlichen Verhältnisse, soweit diese aus den publizierten Urteilen hervorgehen, vom Verfasser in Klammern beigelegt.

32) Bernischer Appellationshof, Urteil vom 16. 3. 1960, ZBJV, 97, S. 68.

33) Gew.G. Bern, JB 1940, Nr. 5, S. 19.

34) Gew.G. Bern, JB 1968, Nr. 6, S. 18.

35) Gew.G. Bern, JB 1936, Nr. 17, S. 15; siehe dazu auch oben Anm. 33.

- "Das Gericht hiess die Klage grundsätzlich gut, von der Erwägung ausgehend, dass die Quittung (Saldoquittung, d.V.) keinen sicheren Beweis für den Verzicht der Klägerin (Arbeiterin) auf Einhaltung der Kündigungsfrist bilde; die Wahrscheinlichkeit spreche vielmehr dafür, dass .. ihr der Sinn der Worte "per Saldo" nicht verständlich gewesen sei." Dieses Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts der Stadt Zürich wurde von der Appellationskammer aufgehoben: "Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass der Empfang der Fr. 24.25 nicht nur per Saldo bescheinigt wurde, sondern dass die Stelle lautet "per Saldo aller Ansprüche". Diese letzten Worte konnten die Klägerin nicht im unklaren lassen, was für ein Sinn die Quittung haben sollte."³⁶⁾ - Zu Ungunsten des kaufmännisch ungebildeten Arbeitnehmers wurde des weiteren auch in folgenden Fällen entschieden. "...Der Wortlaut, namentlich die Ausdrücke "Saldoquittung" und "mit voller Befriedigung den Lohn erhalten", mussten der Klägerin (Köchin) deutlich zeigen, dass es sich um eine Schlussabrechnung mit Verzicht auf weitere Ansprüche.. handelte."³⁷⁾ - "Als wichtigster Faktor fällt zudem ins Gewicht, dass der Kläger (Arbeiter, sog. Anschläger) .. per Saldo aller Ansprüche quittiert hat. Das muss er gegen sich gelten lassen, denn es ist dies eine Formel, die jedem Arbeitnehmer bekannt ist, und er weiss haargenau, dass bei der Unterzeichnung dieses Textes später keinerlei Ansprüche mehr geltend gemacht werden können."³⁸⁾

e) Die näheren Begleitumstände

Die Frage nach den näheren Begleitumständen beschäftigt sich mit dem Ort und mit der Zeit des Erklärungsvorganges oder auch mit der "Atmosphäre", mit der Stimmung, in der die Erklärung abgegeben wurde³⁹⁾. Es

36) Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2.2.1911 in ZR 11, Nr. 73, S. 113 f.

37) Gew.G. Bern, JB 1938, Nr. 17 (siehe auch SJZ 36, S. 333).

38) Gew.G. Bern, JB 1971, Nr. 1, S. 12.

39) Es sind dies Umstände, "die für sich allein kein Ausdrucksmittel sind und keinen selbständigen Sinn haben, die aber die Ausdruckskraft eines Erklärungsvorganges verstärken oder vermindern können." Schönenberger/Jäggi, N 269 zu Art. 1 OR.

stellt sich in diesem Zusammenhang etwa die Frage, ob sich der Arbeitnehmer darauf berufen könne, er wolle die Saldoquittung nicht gelten lassen, weil er sie in Aufregung oder Wut unterzeichnet habe. Auch hierzu finden sich in der Judikatur verschiedene Entscheide, so etwa folgende zu Ungunsten des Arbeitnehmers: "Gewiss mag die Klägerin äusserst aufgeregt und schmerzlich berührt gewesen sein: Dieser Zustand herrscht indes bei fristlosen Entlassungen nach aller Erfahrung fast stets und vermag, für sich allein, die Verbindlichkeit der abgegebenen Erklärung nicht aufzuheben. Die Rechtssicherheit geht vor."⁴⁰⁾ - "Der Einwand, sie (die Klägerin, d.V.) habe die Quittung in der Aufregung nicht gelesen, vermag nicht zu verhindern, sie bei der unterzeichneten Erklärung zu behaften."⁴¹⁾ - "Wenn der Kläger darauf hinweist, dass er bei der Empfangnahme seiner Einlagen in die Pensionskasse und des Lohnes aufgeregt gewesen sei und deshalb die Durchsicht des Inhaltes der Schlussquittung unterlassen habe, so kann dies nicht der Beklagten zur Last gelegt werden. Vielmehr war es alsdann Sache des Klägers, die Auszahlung auf den folgenden Tag hinauszuschieben, um sich bis dahin zu beruhigen."⁴²⁾ - Umgekehrt wurde jedoch in folgendem Fall zu Gunsten des Arbeitnehmers entschieden: "Man darf nicht übersehen, dass eine unbeholfenere Person, wie die Klägerin (Serviertochter) augenscheinlich eine ist, sich in der Erregung - die Klägerin befand sich damals in einem aufgebrachten Zustand, weil sie unversehens ihre Stelle eine Woche zu früh aufgeben musste und damit nicht in den Besitz jenes Geldes kam, mit dem sie gerechnet hatte - nicht vorstellen kann, dass sie Unterschriften gibt, mit denen nicht nur die AHV-Angelegenheit in Ordnung gebracht wird, sondern auch ihre privatrechtlichen Ansprüche untergehen."⁴³⁾

Im Rahmen der Berücksichtigung der Begleitumstände können sich des weiteren folgende Fragen stellen: Wie sorgfältig oder ausführlich wurde die

40) Gew.G. Zürich, JB 1965/66, Nr. 9, S. 60.

41) Gew.G. Bern, JB 1938, Nr. 17 (siehe auch SJZ 36, S. 333 f.).

42) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8b, S. 69.

43) Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8a, S. 631 f.

Schlussabrechnung besprochen?⁴⁴⁾ War die Saldoquittung eines von vielen Formularen, die dem Arbeitnehmer bei seinem Austritt vorgelegt wurden, und die er "mechanisch" unterzeichnet hat?⁴⁵⁾ Musste der Arbeitnehmer bereits während der Dauer des Arbeitsverhältnisses jeweils Lohnquittungen unterzeichnen?⁴⁶⁾ Des weiteren müssen in diesem Zusammenhang auch jene Fälle behandelt werden, da der Arbeitnehmer eine Saldoquittung unter "Zeitdruck" unterschreiben musste. Liess man ihm nicht genügend Zeit, um den Text der Urkunde durchzulesen, so kann sich der Arbeitgeber in der Folge nicht darauf berufen, der Arbeitnehmer müsse selbst für seine Unsorgfalt einstehen.

Die in den vorstehenden Abschnitten aufgeführten Beispiele aus der Judikatur könnten nun auf Grund ihrer Gegensätzlichkeit den Eindruck hinterlassen, dass mit der Anwendung des Vertrauensprinzips hier wie allgemein nicht viel gewonnen sei. Dem ist aber nicht so: Wir haben oben aus Gründen der Systematik die einzelnen Kriterien aus dem Zusammenhang gelöst und sie isoliert, d.h. für sich allein dargestellt. Dementgegen verlangt jedoch das Vertrauensprinzip die Berücksichtigung aller Umstände. Erst diese Gesamtbeurteilung wird es im konkreten Fall ermöglichen, einen Entscheid zu Gunsten oder zu Ungunsten des Arbeitnehmers zu treffen.

3. Zur Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

Es soll hier kurz auf folgende Frage eingegangen werden: Besteht eine Rechtspflicht des Arbeitgebers, der einem Arbeitnehmer eine Saldoquittung zur Unterzeichnung vorlegt, diesen auf die Bedeutung und den Inhalt der verlangten Erklärung aufmerksam zu machen? Diese Frage wird zwar nicht in der schweizerischen, jedoch in der deutschen arbeitsrechtlichen Literatur recht häufig behandelt, allerdings mit unterschiedlichen Ergebnis-

44) Vgl. dazu Schönenberger/Jäggi, N 269 zu Art 1 OR, S. 309 oben. Siehe zu dieser Frage auch die Ausführungen auf S. 49 ff.

45) Vgl. dazu Urteil des Gew.G. Zürich, JB 1965/66 Nr. 9, S. 59.

46) Vgl. dazu Urteile des Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8b, S. 69 und JB 1965/66, Nr. 9, S. 57.

sen. So wollen die einen Autoren eine Hinweispflicht des Arbeitgebers nur mit grosser Zurückhaltung und nur in Ausnahmefällen annehmen; dies mit der Begründung, auch der Arbeitnehmer müsse stets lesen, was er unterschreibe; wenn er Zweifel habe, müsse er fragen⁴⁷⁾. Andere Verfasser wiederum setzen sich dezidiert für eine Hinweispflicht des Arbeitgebers ein, so z.B. Schwedes: "Erkennt der Arbeitgeber allerdings, dass der Arbeitnehmer Inhalt und Bedeutung der Ausgleichsquittung nicht erkennt, so trifft ihn die Aufklärungspflicht."⁴⁸⁾ In diesem Sinn äussert sich auch Althof, der die Hinweispflicht primär von der allgemeinen "Fürsorgepflicht" des Arbeitgebers ableitet⁴⁹⁾. Wie die Literatur, so ist übrigens auch die deutsche Rechtsprechung in dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt⁵⁰⁾.

Was das schweizerische Arbeitsrecht anbetrifft, so ist von den allgemeinen Regeln auszugehen: Eine allgemeine Rechtspflicht, die Gegenpartei vor der Unterzeichnung auf Einzelheiten der Erklärung aufmerksam zu machen, besteht nicht⁵¹⁾. Doch schon diese Regel erleidet Ausnahmen: Eine Aufklärungspflicht ergibt sich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben dort, wo man erkennt oder erkennen müsste, dass bei der Gegenpartei ein erheblicher Irrtum vorliegt⁵²⁾. Diese Pflicht besteht a fortiori in jenen Fällen, wo die eine Partei den Irrtum des Unterzeichnenden selbst verschuldet hat⁵³⁾. Des weiteren verlangt das Prinzip von Treu und Glauben eine Aufklärung über einzelne Punkte, wenn der Vertragspartner angesichts des gesamten Vertragsgegenstandes nicht

47) Neumann, S. 1454; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, S. 372; Schaub, S. 253; Schlessmann, Die Kündigung, S. 328.

48) Schwedes, S. 223.

49) Althof, S. 294 f.

50) Siehe dazu die bei Althof, S. 294 f., aufgeführten Beispiele.

51) Oftinger, Festgabe Simonius, S. 270, sowie die dort aufgeführten Autoren und Entscheide.

52) Gilomen, S. 67.

53) Merz, Kommentar, N 270 zu Art. 2 ZGB; Schönenberger/Jäggi, N. 576 zu Art 1 OR.

mit diesen einzelnen Klauseln rechnen musste⁵⁴⁾. Dies gilt namentlich für die Erklärungen mit "vorgeformtem Inhalt"⁵⁵⁾ und einer Vielzahl von Einzelbedingungen, so beispielsweise für die sog. "Allgemeinen Geschäftsbedingungen"⁵⁶⁾. - Die Verletzung einer nach Treu und Glauben bestehenden Auskunftspflicht gibt der benachteiligten Partei die Möglichkeit einer Einrede gestützt auf Art 2 ZGB und führt damit zur Unverbindlichkeit einer Vereinbarung⁵⁷⁾. Eine absichtliche Verletzung der Aufklärungspflicht könnte auch zur einseitigen Unverbindlichkeit wegen Täuschung im Sinne von Art 28 OR führen⁵⁸⁾.

Die dargelegten Prinzipien sind ohne Einschränkung auch auf die Situation bei der Unterzeichnung einer Saldoquittung im Arbeitsverhältnis anwendbar. Es ist dabei vor allem an jene Zweifelsfälle zu denken, die wir oben unter dem Titel "Die äussere Gestaltung der Urkunde und der Kontext" aufgeführt haben⁵⁹⁾. In der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur hat sich jedoch die Tendenz durchgesetzt, diese Frage eher unter dem Konsensaspekt unter Beizug des Vertrauensprinzips denn als positiven Verstoss gegen Treu und Glauben zu behandeln, wobei allerdings das Ergebnis im einen wie im anderen Fall dasselbe sein wird; dem Arbeitnehmer wird meist die Feststellung der Ungültigkeit der Verzichtvereinbarung genügen. Eine Ausnahmesituation könnte in jenen seltenen Fällen bestehen, da dem Arbeitnehmer trotz Unverbindlichkeit der Saldoquittung noch ein Schaden verbleibt. Diesfalls bestünde die Möglichkeit, dem Arbeitgeber den Verstoss gegen die Aufklärungspflicht als Verletzung der Fürsorgepflicht anzulasten und von ihm Ersatz des Schadens zu verlangen⁶⁰⁾.

54) Merz, Festgabe Schönenberger, S. 148.

55) Zum Thema "Verträge mit vorgeformtem Inhalt" siehe Schönenberger/Jäggi, N 427 - 525 zu Art 1 OR.

56) Diese Maxime wurde ausdrücklich in das neue deutsche Gesetz über die Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen. Siehe dazu Rehbinden, SJZ 73, S. 36 ff.

57) Otfinger, Festgabe Simonius, S. 270.

58) Siehe S. 56 f.

59) Siehe S. 43 ff.

60) Die Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers ist in Art 328 OR festgehalten. Bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht hat der Arbeitgeber den entstandenen Schaden zu ersetzen. Vgl. dazu Guhl/Merz/Kummer, S. 397.

II. Die Abgrenzung zur Berufung auf Willensmängel

1. Allgemeines

In der deutschen Literatur wird bei der Behandlung der "Ausgleichsquittung" die Möglichkeit der Berufung auf Willensmängel praktisch ohne Ausnahmen sehr ausführlich erörtert⁶¹⁾. In der Schweiz fehlt es hierzu an Vergleichsmöglichkeiten, da bei uns das Thema "Saldoquittung" nur selten monografisch behandelt wurde. Eine der wenigen Ausnahmen bildet der Beitrag von Berger "Die Saldoquittung in der Versicherung". Dieser Autor hebt vor allem die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums hervor⁶²⁾. Wenn hier in dieser Arbeit der Behandlung der Willensmängel gemäss Art 23 ff OR nur relativ wenig Raum zugemessen wird, so lässt sich das wie folgt begründen: Die beherrschende Stellung des Vertrauensprinzips in der schweizerischen Lehre und Praxis⁶³⁾ hat den Anwendungsbereich der Anfechtung wegen Willensmängeln zwar nicht aufgehoben, jedoch stark zurückgedrängt.

Nach der "Zweistufigkeit der gesetzlichen Regeln"⁶⁴⁾ kann sich die Gültigkeits- und Verbindlichkeitsfrage eines Vertrages auf zwei Ebenen stellen: Wenn sich in einem konkreten Fall unter Beizug des Vertrauensprinzips ein Dissens herausstellt, gilt eine Vereinbarung als nicht zustande gekommen; eine weitere Analyse erübrigt sich. Erst dann, wenn das Vorhandensein des Konsenses bejaht werden muss, kann sich allenfalls die weitere Frage nach dem Vorliegen von Willensmängeln stellen⁶⁵⁾.

61) So etwa namentlich die in dieser Arbeit zitierten Autoren.

62) Berger, S. 231 ff. - Siehe dazu aber Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 424.

63) Vgl. Simonius: "Dem Vertrauensprinzip wird von Doktrin und Praxis gegenwärtig nirgends deutlicher eine beherrschende Stellung zugewiesen als in der Schweiz." Zit. bei Oftinger, Festgabe Simonius, S. 263.

64) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 134.

65) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 95 und ders., Haftpflichtrecht, S. 425.

In der arbeitsrechtlichen Judikatur zur Saldoquittung fällt dabei auf, dass die Behandlung der Konsensfrage meist auch für die Beurteilung der Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln vorentscheidende Bedeutung hat⁶⁶⁾. Die Erklärung für diese Verknüpfung ergibt sich aus den nachfolgenden Erläuterungen.

2. Zur Frage des Irrtums

Die Lehre vom wesentlichen Irrtum im Sinne von Art 23 ff OR dürfte zu den kompliziertesten Fragen unserer Rechtsordnung zählen; die heute vorherrschende Doktrin hat sich im Laufe der Zeit im Spannungsfeld zwischen Erklärungstheorie und Willentheorie entwickelt⁶⁷⁾. Die nach wie vor widersprüchliche und uneinheitliche Handhabung des Irrtumsrechts in der Praxis muss auf den nicht eindeutig zu überbrückenden Gegensatz zwischen dem Willensprinzip und dem "modifizierten Erklärungsprinzip", nämlich dem Vertrauensprinzip zurückgeführt werden⁶⁸⁾. Auf diese grundsätzliche Problematik kann jedoch in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden; wir müssen uns mit einem knappen Ueberblick zur Irrtumslehre begnügen.

Ein Vertrag ist unter Irrtum geschlossen, wenn eine Vertragspartei:

- etwas erklärt, was nicht ihrem Willensentschluss entspricht, ohne sich jedoch dessen bewusst zu sein (Erklärungsirrtum),

66) Siehe dazu die beiden illustrativen Beispiele in Gew.G. Zürich, JB 1958, Nr. 8b, S. 65 ff und JB 1965/66, Nr. 9, S. 56 ff.

67) Vgl. dazu Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip; Otfinger, ZSR 58, S. 178 ff; Simonius, Festgabe Götzinger, S. 235 ff; Simonius Festgabe Basel 1942, S. 240 ff; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 234 f. Zur Entwicklung des Irrtumsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe die bei Otfinger, Bundesgerichtspraxis, S. 35 ff aufgeführten Entscheide.

68) Guhl/Merz/Kummer, S. 142.

oder wenn sie

- einen Willensentschluss nicht geäußert hätte, wenn ihr das tatsächliche Fehlen oder das Unrichtigsein einer angenommenen Voraussetzung bekannt gewesen wäre (Grundlagenirrtum).

Auf die Unverbindlichkeit eines Vertrages kann sich die irrende Partei aber nur dann berufen, wenn es sich um einen im Sinne der Rechtsordnung wesentlichen Irrtum handelt. Eine allgemein verbindliche Abgrenzung zwischen "wesentlichem" und "unwesentlichem" Irrtum ist jedoch kaum möglich⁶⁹⁾.

Ein Grundlagenirrtum ist im Sinne von Art 24 Ziff. 4 OR dann beachtlich - und unterscheidet sich dann vom gewöhnlichen Motivirrtum - wenn er einen Sachverhalt betrifft, der für den Irrenden eine notwendige Grundlage, eine *conditio sine qua non*⁷⁰⁾ war und nach den Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als solche betrachtet werden durfte⁷¹⁾. Für den hier behandelten Fall der Saldoquittung könnte eine Anfechtung dann in Betracht gezogen werden, wenn der Arbeitnehmer davon überzeugt war, dass er gar keine Forderungen mehr hatte, weil ihm die fraglichen Ansprüche nicht bekannt waren⁷²⁾. Eine Präzisierung und Einschränkung ist hier jedoch erforderlich: Der Umstand allein, dass die Forderungen einem Arbeitnehmer nicht bekannt waren, genügt nicht für eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums. Im Gegenteil, die Rechtsnatur der Saldoquittung⁷³⁾ spricht auch in solchen Fällen gegen die Unverbindlichkeit, denn es liegt gerade im Wesen einer derartigen Vereinbarung, dass sie sämtliche Forderungen, seien sie bekannt oder unbekannt⁷⁴⁾,

69) Guhl/Merz/Kummer, S. 135.

70) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 101.

71) BGE 91 II 278 Erw. 2. Siehe ferner BGE 97 II 43, 96 II 25, 96 II 101, 95 II 409.

72) Siehe dazu den vom Appellationsgericht und vom Bundesgericht bestätigten Entscheid des Basler Gew. Schiedsgerichts vom 27. 5. 1946 in SJZ 42, S. 201 ff sowie den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 16. Juli 1952 in ARV 1, Nr. 102, S. 81 f.

73) Vgl. S. 17 f.

74) Appellationsgericht des Kantons Basel Stadt (Ausschuss), SJZ 43, S. 190 und 42, S. 202.

bestritten oder unbestritten aus der Welt schaffen will, um eine klare Bereinigung des Vertragsverhältnisses zu erreichen. Die Lage ist hier ähnlich wie beim Vergleich, und tatsächlich liegt einer Saldoquittung oft auch ein echter Vergleich zu Grunde: Ein Vergleich darf nicht mit Berufung auf Grundlagenirrtum angefochten werden, wenn sich der Irrtum auf jenen zweifelhaften oder umstrittenen Sachverhalt bezogen hat, den die Parteien eben gerade mit dem Vergleich bereinigen wollten⁷⁵⁾. Aus dieser Einschränkung ergibt sich die Notwendigkeit, dass ein Arbeitnehmer, der eine Saldoquittung gestützt auf Art 24 Ziff. 4 OR anfechten will, den Nachweis erbringen muss, die Saldoquittung hätte entgegen der allgemeinen Vermutung im konkreten Fall nach dem Willen beider Parteien nur bekannte oder nur bestimmte Forderungen zum Gegenstand gehabt. Diese Beweislast wird den Erfolg einer Berufung auf Grundlagenirrtum im Falle der Saldoquittung in der Regel eher fraglich erscheinen lassen. Tatsächlich sind wenig Entscheide bekannt, die eine Saldoquittung wegen eines derartigen Willensmangels als unverbindlich erklären.

Im Gegensatz zum Grundlagenirrtum tritt der Fehler beim Erklärungsirrtum⁷⁶⁾ nicht bei der Entschlussfassung, sondern erst bei der technischen Durchführung⁷⁷⁾, bei der Bekanntgabe des Entschlusses auf, d.h. die eine Partei verspricht, verrechnet oder verliert sich. Die willens-theoretisch ausgestaltete Formulierung des Gesetzestextes⁷⁸⁾ liesse an und für sich darauf schliessen, dass jeder Erklärungsirrtum beachtlich sei⁷⁹⁾. Die neuere Lehre und Praxis geht jedoch dahin, dass sie auch für die Berufung auf Erklärungsirrtum dieselben subjektiven und objektiven Voraussetzungen vorschreibt wie im Falle des Grundlagenirrtums⁸⁰⁾. Diese

75) Siehe dazu Meier-Hayoz, SJZ 49, S. 117 ff; Guhl/Merz/Kummer, S. 138; Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 424.

76) Auch "Aeusserungsirrtum" genannt, z.B. bei Guhl/Merz/Kummer, S. 135.

77) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 233.

78) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 236.

79) Siehe dazu Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 181.

80) Guhl/Merz/Kummer, S. 141. - Tatsächlich können sich die Tatbestände des Erklärungs- und Grundlagenirrtums in der Praxis überschneiden; vgl. Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 97.

Voraussetzungen können etwa dann gegeben sein und zu einer Berufung auf Erklärungsirrtum Anlass geben, wenn ein Arbeitnehmer eine Saldoquittung unterschreibt und dabei nicht weiss oder nicht versteht, dass er damit ein ihm zustehendes Guthaben zum Erlöschen bringt⁸¹⁾. Es handelt sich diesfalls um einen sog. error in negotio im Sinne von Art 24 Ziff. 1 OR. Der Arbeitnehmer hat allerdings zu beweisen, dass er glaubte, eine andere Vereinbarung als eine Saldoquittung zu unterschreiben. Dieser Beweis ist oft schwer zu erbringen⁸²⁾. In der Regel wird dem Arbeitnehmer dabei insbesondere der direkte Beweis nicht gelingen, sondern er muss versuchen, den Nachweis seines Irrtums mit Hilfe von Indizien⁸³⁾ zu erbringen. Mit anderen Worten, der Richter hat in diesem Fall dieselben Kriterien zu beurteilen, die im Rahmen des zweistufigen Verfahrens⁸⁴⁾ unter Anwendung des Vertrauensprinzips schon bei der Frage nach dem Konsens zur Diskussion standen, nämlich den Wortlaut der Urkunde, ihre äussere Gestaltung, die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, die näheren Begleitumstände etc. Jene Fälle, wo nun die Beurteilung dieser Kriterien im ersten Schritt zur Bejahung des Konsenses⁸⁵⁾ und im zweiten Schritt jedoch zur Anfechtbarkeit wegen wesentlichen Irrtums führen, sind zwar theoretisch denkbar, in der Praxis jedoch äusserst selten. Ausnahmen dürften nur dort auftreten, wo der Richter den Irrtum des Arbeitnehmers aus Umständen ableitet, die der Gegenpartei, dem Arbeitgeber nicht bekannt und auch nicht erkennbar waren⁸⁶⁾.

81) Vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5.10.1955 in ARV 4, S. 136.

82) Siehe dazu Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 96.

83) Guldener, S. 338: Indizien: "Das sind Tatsachen, die selbst nicht Tatbestandsmerkmale sind, aus denen aber nach den Erfahrungen des Lebens auf Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein der Tatsachen geschlossen werden kann, welche Tatbestandsmerkmale bilden."

84) Siehe S. 51 f.

85) Müsste der Konsens verneint werden, stellt sich die Frage nach dem Irrtum gar nicht mehr.

86) Im Gegensatz zur Konsensfrage ist die Erkennbarkeit des Irrtums (auf Seiten der Gegenpartei) für die Massgeblichkeit des Irrtums im Sinne von Art 23 ff OR nicht relevant; siehe dazu von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 237 und Oftinger, Festgabe Simonius, S. 271.

3. Zur Frage der Täuschung

Täuschung im Sinne von Art 28 OR ist die absichtliche Verleitung eines anderen zum Abschluss eines Vertrages durch Erweckung eines Irrtums oder durch Ausnutzung eines bereits vorhandenen Irrtums⁸⁷⁾. Sie hat wie der wesentliche Irrtum und die Drohung die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages zur Folge. Die Täuschung kann erfolgen durch ein Tun oder durch ein Untätigbleiben, namentlich durch ein Schweigen. Bezüglich der Saldoquittung ist vor allem diese letztgenannte Form der Täuschung denkbar. Eine Täuschung durch Schweigen kann jedoch nur dann angenommen werden, wo dieses Schweigen rechtswidrig war, oder anders formuliert, wo eine Rechtspflicht zur Aufklärung bestanden hätte⁸⁸⁾. Bestand und Umfang dieser Aufklärungspflicht, die sich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ergeben, wurden bereits oben dargelegt⁸⁹⁾. Der Unterschied zur dort behandelten Situation liegt nun darin, dass erst die bewusste, absichtliche Verletzung der Aufklärungspflicht den Tatbestand der Täuschung erfüllt. Auch dieser Beweis ist wohl nicht immer einfach zu erbringen. Dem Arbeitnehmer wird es daher genügen, wenn in Anwendung des Vertrauensprinzips der Nachweis erbracht werden kann, der Arbeitgeber hätte angesichts der konkreten Umstände den Irrtum erkennen müssen, und es fehle deshalb der für die Gültigkeit der Saldoquittung notwendige Konsens⁹⁰⁾.

Eher beweisbar ist in der Regel wohl die durch ein Tätigwerden hervorgerufene, absichtliche Täuschung. Zu denken ist dabei etwa an jenen Fall, da der Arbeitgeber in einer Schlussabrechnung bewusst einzelne Forderungen

87) Guhl/Merz/Kummer, S. 142 ff; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 216 ff; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 160 ff; Becker, Kommentar, Band IV, 1, N 2 zu Art 28 OR.

88) Gilomen, S. 60 ff.

89) Siehe S. 48 ff.

90) Tatsächlich ist uns aus der Judikatur kein Beispiel bekannt, da eine Saldoquittung wegen Täuschung als unverbindlich erklärt worden ist.

des Arbeitnehmers entweder gar nicht oder nur teilweise aufgeführt hat⁹¹⁾. Die Verletzung der Aufklärungspflicht liegt auf der Hand: "Wer dem andern seine Schulden aufzählt, muss dies in vollständiger Weise tun, wenn er seiner Aufzählung den Anschein der Vollständigkeit gegeben hat; denn dadurch bringt er ja den anderen zur Annahme, es liege wirklich Vollständigkeit vor, d.h. er gefährdet ihn, wenn dies nicht zutrifft."⁹²⁾

4. Zur Frage der Furchterregung⁹³⁾

Unter Drohung (Furchterregung⁹⁴⁾) im Sinne von Art 29 OR ist jener Sachverhalt zu verstehen, da der eine Vertragspartner (oder ein Dritter) den andern durch widerrechtliche Erregung einer "gegründeten" Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt⁹⁵⁾. Diese Begriffsbestimmung ist an und für sich klar und unbestritten, "die Schwierigkeiten liegen in den Details."⁹⁶⁾ – Wir wollen hier nun keine dogmatische Analyse dieser Schwierigkeiten vornehmen, sondern uns darauf beschränken, an Hand von zwei typischen Fällen gewisse allgemeingültige Richtlinien aufzuzeigen:

Fall A: Der Arbeitgeber verlangt vom Arbeitnehmer eine Saldoquittung, mit der dieser einen teilweisen Lohnverzicht bestätigen soll. Zugleich gibt der Arbeitgeber zu verstehen, dass er ohne Saldoquittung überhaupt

91) Gilomen, S. 63, bezeichnet diesen Sachverhalt als "Grenzfall zwischen der Täuschung durch Schweigen und derjenigen durch Handeln."

92) Gilomen, S. 63.

93) Wir behandeln hier die Furchterregung im selben Abschnitt wie die übrigen Willensmängel, obwohl sich bezüglich der Furchterregung in der Regel kaum Abgrenzungsprobleme zur Anwendung des Vertrauensprinzips ergeben.

94) In der Marginalie zu Art 28 OR wird der Begriff "Furchterregung" verwendet, in der Literatur dagegen ist das Synonym "Drohung" gebräuchlicher, vgl. Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 165, Anm. 1.

95) Guhl/Merz/Kummer, S. 145 ff; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 219 ff; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 165 ff.

96) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 220.

kein Geld ausbezahlen werde⁹⁷⁾. – Die Widerrechtlichkeit dieses Verhaltens (Verzug) ist eindeutig. Es fragt sich nun, ob auch die zweite Voraussetzung für eine Anfechtbarkeit wegen Drohung gegeben ist, d.h. ob die Furcht des Arbeitnehmers im Sinne des Gesetzes als "gegründet" (erheblich) zu gelten hat. Nach heutiger Auffassung ist eine subjektivierende Beurteilung dieser Frage zulässig⁹⁸⁾: Neben der objektiven Schwere der angedrohten Gefahr oder Notlage sind auch die persönlichen Verhältnisse (Alter, Geschlecht, Geschäftserfahrenheit etc.) des Bedrohten zu berücksichtigen. Aus dieser Sicht kann nun die angedrohte Zurückhaltung des Lohnes für einen einfachen Arbeitnehmer in prekären Verhältnissen durchaus den Tatbestand von Art 30 Abs 1 OR erfüllen⁹⁹⁾. Der Lohnabhängige muss befürchten, er könne nicht mehr für seinen eigenen bzw. für den Lebensunterhalt seiner Familie aufkommen¹⁰⁰⁾. Gleich zu bewerten wie der Rückbehalt fälligen Lohnes wäre beispielsweise auch die Verweigerung eines Schlusszeugnisses¹⁰¹⁾.

Fall B: Der Arbeitgeber entlässt einen Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund fristlos und verlangt, dass dieser mit einer Saldoquittung sein Einverständnis erkläre. Für den Fall der Verweigerung der Unterschrift droht der Arbeitgeber mit einer Strafanzeige, da er zufällig von strafbaren Handlungen¹⁰²⁾ des Arbeitnehmers erfahren hat. In diesem Fall droht der Arbeitgeber nicht mit einer widerrechtlichen Handlung, sondern mit

97) Siehe derartige Fälle in Gew.G. Zürich, JB 1965/66, Nr. 9, S. 57 ff, JB 1958, Nr. 8, S. 59 ff; ZR 59, Nr. 37; ZR 57, Nr. 29; ferner bei Schwartz S. 116 f.

98) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 222; Becker, Kommentar, Band VI, N 5 zu Art 30 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 146.

99) Die Kenntnis der Möglichkeit, eine Klage auf Herausgabe des Lohnes bei Gericht geltend zu machen, schliesst den Tatbestand der Drohung nicht aus; siehe dazu Becker, Kommentar, Band VI, N 6 zu Art 31 OR.

100) Diese Meinung wird durchwegs auch in der deutschen Literatur vertreten, so z. B. von Hueck/Nipperdey, Band I, S. 292, Anm. 135; Neumann, S. 1454; Oehmann, S. 11; Krönig, S. 3.

101) Siehe dazu: Schwedes, S. 223; Schaub, S. 253 f.

102) Es besteht hierbei die Annahme, dass das Delikt in keinen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gebracht werden kann. Vgl. Anm. 106, S. 59.

der Geltendmachung einer Befugnis, die ihm an und für sich zusteht, nämlich mit einer begründeten Strafanzeige¹⁰³⁾. Nach Abs 2 von Art 30 OR führt nun aber die Drohung mit einer erlaubten Handlung nur dann zur Anfechtbarkeit eines Vertrages, wenn der Drohende damit einen "übermässigen Vorteil" erlangt. In Anlehnung an die Rechtssprechung des Bundesgerichts braucht dieser Vorbehalt jedoch nicht allzu restriktiv ausgelegt werden, sondern es mag für die einseitige Unverbindlichkeit genügen, wenn "sich der Drohende eine Leistung verschafft, auf die er gar keinen Anspruch hatte."¹⁰⁴⁾ Dies muss vor allem dann gelten, wenn die strafbare Handlung und die angestrebte Vereinbarung in keinem Zusammenhang stehen¹⁰⁵⁾, bzw. wenn die strafbare Handlung das Verhältnis der Vertragsparteien aus objektiver Sicht nicht zu belasten vermag¹⁰⁶⁾. Auf Grund dieser Ueberlegungen möchte man deshalb im hier angenommenen Fall die Anfechtbarkeit der Saldoquittung wegen Furchterregung bejahen.

103) Vgl. von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 221: "Keineswegs den Rahmen der erlaubten Interessenwahrung überschreiten Warnungen mit Strafanzeige, sofern ein strafbares Verhalten gegeben scheint." In diesem Sinne auch Guhl/Merz/Kummer, S. 146.

104) BGE 76 II 369.

105) Anders wäre der Fall zu behandeln, wo eine geschädigte Partei ihren Schadenersatzanspruch mit Hilfe der Androhung einer Strafanzeige durchzusetzen versucht, die sich auf die schädigende Handlung selbst bezieht; vgl. ZBJV 94, S. 401.

106) In dem in ARV 4, Nr. 74, S. 133 ff publizierten Fall wurde jedoch die Unverbindlichkeitseinrede des Arbeitnehmers wegen Drohung mit Strafanzeige deshalb nicht geschützt, weil sein Delikt eine fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber zu rechtfertigen vermochte und deshalb kein Raum mehr war, um von einer übermässigen Benachteiligung des Arbeitnehmers zu sprechen.

III. Die Auslegung

1. Allgemeines

Die Frage bei der Auslegung richtet sich nicht mehr danach, ob überhaupt eine gültige Vereinbarung zustande gekommen sei, sondern der Streit geht darum, welches der Inhalt dieser Vereinbarung sei¹⁰⁷⁾: "Der existentiell bejahte Vertrag ist in seinen Details wiederum nach Vertrauensgrundsätzen zu bestimmen."¹⁰⁸⁾ Die Auslegung ist etwa dann erforderlich, wenn eine Partei behauptet, sie habe den Wortlaut in einem "von den Regeln des Verkehrs" abweichenden, d. h. in einem speziellen Sinn verstanden¹⁰⁹⁾, oder wenn die Erklärung tatsächlich zu knapp, lückenhaft oder ungenau ausgefallen ist, oder schliesslich auch in jenen seltenen Fällen, wo die Sprache selbst versagt¹¹⁰⁾, d. h. wo einem Wort ein mehrdeutiger Sinngehalt zukommt.

Aus dogmatischer Sicht muss unterschieden werden zwischen der Frage der Vertragsentstehung (Art 1 OR) und der Frage der Vertragsauslegung (Art 18 OR)¹¹¹⁾. In der Praxis verliert diese Differenzierung allerdings an Bedeutung, weil die Vertragsauslegung (die Frage nach dem Inhalt) ebenfalls vom Vertrauensprinzip beherrscht wird¹¹²⁾, d. h. Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Empfänger in guten Treuen unter den gegebenen Umständen verstehen durfte und musste¹¹³⁾. Massstab ist dabei das Verständnis vernünftiger und korrekter Leute¹¹⁴⁾.

107) Allerdings berührt die Auslegung dort wiederum die existentielle Seite eines Vertrages, wo der Streit darum geht, ob überhaupt eine Willenserklärung (und nicht beispielsweise eine blosser Wissens-erklärung, siehe S. 7 ff) vorliege.

108) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 169.

109) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 128 ff.

110) Schönenberger/Jäggi, N 258 zu Art 1 OR.

111) Schönenberger/Jäggi, N 172 und 242 zu Art 1 OR.

112) Oftinger, Festgabe Simonius, S. 271.

113) Guhl/Merz/Kummer, S. 110; Schönenberger/Jäggi, N 195 zu Art 1 OR; BGE 92 II 339, 90 II 454, 81 II 364, 74 II 149.

114) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 46.

Mit anderen Worten, der subjektive, "wirkliche" Wille, von dem Art 18 Abs 1 OR spricht¹¹⁵⁾, ist nur dann massgeblich, wenn die Gegenpartei erkannt hat oder erkennen konnte, dass der Erklärende seiner Willens-
äusserung diesen und nicht den objektiven Sinn zugrunde gelegt hat¹¹⁶⁾.

Aus der allgemein von Art 2 ZGB abgeleiteten Maxime der Auslegung nach Treu und Glauben lassen sich einzelne Regeln¹¹⁷⁾ entwickeln, so z. B., dass im Zweifel contra stipulatorem, d. h. gegen diejenige Partei, die den Erklärungstext abgefasst hat, zu entscheiden ist¹¹⁸⁾. Oder es besteht ferner die Regel, dass im Zweifelsfalle der Inhalt einer Erklärung nach dem allgemeinen, landläufigen und nicht nach dem besonderen, fachtechnischen Sinn bestimmt werden muss, es sei denn, dass auch der Vertragspartner dem betreffenden Kreis von Fachleuten angehört¹¹⁹⁾. Schliesslich ist, gerade für unsere Arbeit, folgende Auslegungsregel von Bedeutung: "Verzichte, namentlich solche auf Lohn, der zum Lebensunterhalt benötigt wird, sind nicht zu vermuten."¹²⁰⁾ Oder: "Der Umfang eines in der Saldoquittung enthaltenen Verzichts ist regelmässig eng auszulegen."¹²¹⁾

15) Art 18 Abs 1 OR regelt nur einen Teilaspekt der Auslegung. Siehe dazu Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip, S. 190.

16) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 46.

17) Den Begriff "Auslegungsregeln" verwenden gewisse Autoren, z. B. Schönenberger/Jäggi, N 275 zu Art 1 OR, in einem engeren Sinn, d. h. sie beschränken ihn auf jene Fälle, da das Gesetz selbst eine bestimmte Interpretation vorschreibt, z. B. in Art 87 Abs 1 OR (Quittung für Zinsen).

18) Guhl/Merz/Kummer, S. 119; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 46; Schönenberger/Jäggi, N 489 zu Art 1 OR; BGE 92 II 348, 87 II 242. - Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 172, schränkt diese Regel allerdings deutlich ein; auch er will sie aber dort gelten lassen, wo dem Textverfasser eine "Ueberlegenheit an Wirtschaftsmacht und Erfahrung" zukommt.

19) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 46; Schönenberger/Jäggi, N 259 f zu Art 1 OR.

20) Gew. G. Zürich, JB 1958, S. 62. Steiner, S. 279; Schläpfer, S. 64.

21) In diesem Sinne ausdrücklich auch die deutschen Autoren, z. B. Neumann, S. 1454.

"Die Saldoquittung ist in jedem Fall eng auszulegen."¹²²⁾ So betrifft etwa eine Quittung "per Saldo Lohn" nur die Lohnansprüche und nicht auch sämtliche weiteren Forderungen des Arbeitnehmers¹²³⁾.

2. Die Elemente¹²⁴⁾ der Auslegung

Mit dem Begriff "Auslegungselemente" wollen wir den Inbegriff der Sachverhalte umschreiben, die bei der Auslegung einer Willenserklärung bzw. eines Vertrages mitberücksichtigt werden müssen.

a) Das primäre Auslegungselement

Das primäre Auslegungselement bildet der "Erklärungsvorgang" selbst¹²⁵⁾; bei einer mündlichen oder schriftlichen Willensäußerung ist dies der Wortlaut der Erklärung. - Jedes Wort hat einen Sinngehalt, der ihm im allgemeinen Sprachgebrauch (Alltags- oder Umgangssprache) beigelegt wird. Wo eine Vereinbarung nicht innerhalb eines Kreises von Personen mit besonderem Sprachgebrauch (gleiche Mundart, gleicher Fachjargon) getroffen wird, besteht die Vermutung, dass die Vertragsparteien den Wortlaut der Erklärung im Sinne der allgemeinen Umgangssprache verwendet und verstanden haben¹²⁶⁾. Wer eine Quittung "per Saldo aller Ansprüche" unterzeichnet, verwendet dabei eine Formel, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch einen Verzichtswillen zum Ausdruck bringt, der

122) Althof, S. 295: "Die Ausgleichsquittung ist in jedem Fall eng auszulegen."

123) Gew.G. Zürich, Jahresbericht 1974-76, Nr. 5, S. 9 f.

124) Häufig wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff "Auslegungsmittel" verwendet, so z.B. bei Schönenberger /Jäggi, N 256 zu Art 1 OR. In Anlehnung an Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 179 ff zu Art 1 ZGB, scheint uns der Begriff "Elemente" zutreffender.

125) Schönenberger/Jäggi, N 256 zu Art 1 OR.

126) Schönenberger/Jäggi, N 257 ff zu Art 1 OR.

ämtliche bekannten oder möglichen Forderungen umfasst¹²⁷⁾. Bei diesem allgemeinen, gerichtsnotorischen Sinngehalt der Erklärung muss sich der Arbeitnehmer behaften lassen, es sei denn, weitere Umstände sprechen gegen die Zulässigkeit dieser Interpretation.

b) Die sekundären Auslegungselemente

Es wurde bereits dargelegt¹²⁸⁾, dass der Inhalt einer Erklärung so zu interpretieren sei, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben, unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände verstehen durfte und musste. Diese Umstände, soweit sie nicht zum Erklärungsvorgang selbst gehören, bezeichnet man als sekundäre Elemente der Auslegung¹²⁹⁾. Sie können das Ergebnis, das mit Hilfe der primären Auslegungsmittel gewonnen wurde, entweder bestätigen oder entkräften. Gewöhnlich werden die sekundären Auslegungselemente erst dann beigezogen, wenn die primären versagen, d.h. namentlich wenn ein mehrdeutiger, lückenhafter oder ungenauer Wortlaut vorliegt.

Im einzelnen handelt es sich bei den sekundären Elementen um dieselben Sachverhalte, d.h. um dieselben "besonderen Umstände", die wir bereits oben im Rahmen der Konsensfrage erörtert haben¹³⁰⁾, also beispielsweise um die Begleitumstände, die persönlichen Verhältnisse der Parteien, die Materialien (ergänzende Schriftstücke) etc. Es muss deshalb hier auf diese Frage kaum mehr weiter eingegangen werden. Lediglich eines dieser Elemente möchten wir hier hervorheben, nämlich die "Zweckidee des Geschäftes"¹³¹⁾, bzw. die Interessenlage der Parteien. Dieses Element umfasst die Gesamtheit der Beweggründe und Erwartun-

¹²⁷⁾ Siehe S. 17 f.

¹²⁸⁾ Siehe S. 39 und 60.

¹²⁹⁾ Schönenberger/Jäggi, N 266 f zu Art 1 OR.

¹³⁰⁾ Siehe S. 43 ff.

¹³¹⁾ Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 132.

gen der Parteien zur Zeit des Erklärungsvorganges¹³²⁾. - Die Interessenlage kann bei beiden Parteien verschieden oder gleich sein. Auch bezüglich der Saldoquittung ist eine Identität der Interessen denkbar, und zwar in jenen Fällen, wo sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer eine klare Rechtslage zu schaffen wünschen. Dies gilt namentlich dann, wenn der Saldoquittung Vergleichsverhandlungen vorausgegangen sind. Diese gemeinsame Interessenlage kann nun etwa dort als Interpretationshilfe dienen, wo es in Zweifel steht, ob die Saldoquittung nur einseitig die Forderungen des Arbeitnehmers und nicht gleichzeitig auch jene des Arbeitgebers untergehen liess. Entgegen dem einseitig formulierten Wortlaut (nur der Arbeitnehmer bestätigt, per Saldo aller Ansprüche erhalten zu haben) besteht auf Grund der einheitlichen Zweckidee des Geschäfts die starke Vermutung, dass die Wirkung einer Saldoquittung in der Regel eine zweiseitige sei. So meint etwa Schweingruber, dass "eine Auseinandersetzung per Saldo nicht selten ... auf gegenseitigem Entgegenkommen, auf gegenseitigem Verzicht" beruhe¹³³⁾. Ausdrücklich wird diese Meinung auch von deutschen Autoren bestätigt, so beispielsweise von Althof in Anlehnung an einen Entscheid des LAG Stuttgart¹³⁴⁾: "Von dieser Wirkung (der Ausgleichsquittung, d. V.) werden aber alle wechselseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst, so dass in gleicher Weise auch eventuelle Ansprüche des Arbeitgebers erlöschen und untergehen."¹³⁵⁾ - Muss aber dem entgegen in anderen Fällen davon ausgegangen werden, dass die Unterzeichnung der Saldoquittung ausschliesslich auf Wunsch des Arbeitgebers zustande gekommen ist, so hat die Auslegung im Zweifelsfalle restriktiv, d.h. zu Gunsten des Arbeitnehmers zu erfolgen¹³⁶⁾.

132) Schönenberger/Jäggi, N 272 zu Art 1 OR. - Mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Unbeachtlichkeit des blossen Motivirrtums möchten wir hier hervorheben, dass dieses Auslegungselement für sich allein nie einen Entscheid über Existenz und Inhalt eines Vertrages herbeiführen kann und darf. Die Interessenlage der Parteien darf nur als sekundäres Auslegungselement beigezogen werden.

133) Schweingruber, Kommentar, S. 319.

134) Urteil vom 15.10.1956 in BB 1957, S. 453.

135) Althof, S. 289 f; ferner auch Schlessmann, S. 330.

136) Siehe dazu auch S. 61 f.

ZWEITER TEIL

EINLEITUNG

Im zweiten Teil dieser Arbeit werden wir uns eingehend mit dem arbeitsvertraglichen Verzichtsverbot beschäftigen, das zuerst in der arbeitsrechtlichen Literatur und Judikatur entwickelt wurde, dann 1956 Eingang fand in die Gesetzesbestimmungen über den GAV (Art 323 Abs 3 aOR) und schliesslich 1971 in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht (Art 341 OR) übernommen wurde. - Vom dogmatischen Standpunkt aus stellt dieses Verbot einen einschneidenden und aussergewöhnlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Ein Rückblick in die neuere Geschichte des Arbeitsrechts lässt uns indessen erkennen, dass das Verzichtsverbot nichts anderes darstellt als den vorläufigen Endpunkt einer langen Entwicklungskette, deren Anfang in der Zeit des beginnenden 19. Jahrhunderts liegt:¹⁾

Mit der im vorigen Jahrhundert einsetzenden Industrialisierung erfuhr das Arbeitsverhältnis, welches bis anhin durch stark personenrechtliche Züge gekennzeichnet war, eine grundlegende Aenderung. Die immer grösser werdenden Industriebetriebe liessen ein persönliches Verhältnis zwischen dem "Fabrikherrn" und der wachsenden Zahl von Arbeitern nicht mehr zu²⁾. Parallel zu dieser Entwicklung fand in jener Zeit des aufkommen- den Liberalismus auch auf ideologischer Ebene ein Prozess des Umdenkens statt. Der neue Leitsatz von "liberté, égalité und fraternité" ver- trug sich nicht mehr mit den ehemals patriarchalisch, herrschaftlich be- stimmten Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Es kam damals das Schlagwort auf vom "freien Arbeitsvertrag". "Der soziale Tat-

1) Für den hier folgenden kurzen geschichtlichen Ueberblick stützen wir uns, soweit nichts anderes vermerkt wird, auf folgende Autoren: Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Band, S. 593 ff; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 6 ff; Nikisch, S. 12 ff; Scherrer, S. 193 ff; Schumacher, S. 29 ff; Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 27 ff und Sozialgesetzgebung, S. 5 ff; Weidmann, S. 10 ff.

2) In der Uebergangszeit finden sich allerdings noch "Fabrikordnungen", in denen der Fabrikherr seine Arbeiter mit "väterlichen" Anweisungen zu Zucht und Ordnung gemahnt.

bestand der abhängigen Arbeit war zwar in seinem Wesen unverändert geblieben, aber was darin nach persönlicher Bindung aussah, wurde nicht mehr anerkannt. Deshalb führte man den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zurück auf den rein wirtschaftlichen Vorgang des Austausches von Arbeit gegen Lohn.³⁾

Die liberalistische Theorie, Arbeitgeber und Arbeitnehmer stünden sich als gleichwertige Partner gegenüber und sollten deshalb, gestützt auf die damals beinahe schrankenlos verstandene Vertragsfreiheit, ohne jegliche Einwirkung von aussen ihr gegenseitiges Verhältnis in gerechter Weise selbst gestalten, erwies sich weitgehend als Illusion. Tatsache war ein eklatantes Ungleichgewicht im Kräfteverhältnis zu Gunsten der Arbeitgeber. Dementsprechend nachteilig gestaltete sich das Arbeitsverhältnis für die Arbeitnehmer⁴⁾. Diese Situation, zusammen mit der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung, führte zur Proletarisierung breiter Volksschichten⁵⁾.

Die Einsicht in die Unzulänglichkeit der auf die individuelle Willenseinigung abgestellten Ordnung wurde, wie Jacobi schreibt, zur "treibenden Kraft für die Weiterbildung des modernen Arbeitsrechts"⁶⁾. Immer deutlicher wurde die Verpflichtung des Staates zum Eingreifen in die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse erkannt. Die "Sozialpolitik" als Begriff und Ausdruck für die staatliche Intervention tauchte auf und fand bereite Befürworter. "Unter Sozialpolitik verstehen wir diejenigen Massnahmen, die bestimmt und geeignet sind, auf die wirtschaftliche Lage und die gegenseitigen Beziehungen vorhandener Klassen oder Bevölkerungs-

3) Nikisch, S. 15.

4) E. Löwing führt dazu aus: "In der rechtlichen Form der Freiheit entwickelte sich ein System der Unfreiheit, in welchem der Arbeitnehmer härtere Arbeitsbedingungen eingehen musste, als ihm jemals in der Zeit der früheren Zunft- und Gewerbeordnung auferlegt wurden, und in welchem er in einen Zustand der persönlichen Abhängigkeit geriet, die vielfach grösser war, als die Abhängigkeit in den älteren Gewaltverhältnissen." Zit. bei Weidmann, S. 114.

5) Siehe dazu auch die Ausführungen auf S. 80 f.

6) Jacobi, S. 6.

gruppen einzuwirken, insbesondere in der Weise, dass die wirtschaftlich benachteiligte oder gefährdete Klasse erhalten, geschützt oder gehoben werden sollen - unter Berücksichtigung des Gesamtwohles."⁷⁾ Im Rahmen dieser Arbeit können wir nicht auf eine nähere Behandlung und Darstellung des Fragenkomplexes "Sozialpolitik" eingehen. Wir dürfen jedoch auf die umfassende Gesamtdarstellung verweisen, die diese Frage in Schweingrubers eben zitiertem Werk "Sozialgesetzgebung der Schweiz" gefunden hat.

Im nachstehenden Katalog beschränken wir uns auf eine stichwortartige Darstellung des Systems der staatlichen Interventionen zum Schutze der Arbeitnehmer, das vom Gesetzgeber im Laufe der vergangenen Jahrzehnte entwickelt wurde⁸⁾:

- Aufnahme von Bestimmungen mit zwingendem Charakter in das private Arbeitsvertragsrecht⁹⁾;
- Schaffung öffentlich-rechtlicher Normen, die der Staat gegenüber dem Arbeitgeber direkt durchsetzen kann (das Arbeitsschutzrecht im engeren Sinn);
- Einrichtung und Ausgestaltung eines weitgehend obligatorischen Sozialversicherungssystems (AHV, IV, SUVA, Arbeitslosenversicherung¹⁰⁾ etc.);

(7) Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 17; an dieser Stelle führt der Autor auch noch zwei weitere, kürzere, aber inhaltlich übereinstimmende Definitionen des Begriffs "Sozialpolitik" an.

(8) Wir verwenden hier den Begriff "staatliche Interventionen" ohne die Frage zu praejudizieren, ob dieses Eingreifen im Rahmen eines ideologischen Konzeptes erfolgt oder ob es sich lediglich um einzelne Reaktionen des Gesetzgebers auf akute Störungen in der Arbeitswelt im Sinne des "Interventionismus" handelt. Zum Interventionismus in der schweizerischen Sozialpolitik siehe Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 31 f.

(9) Zu dieser Kategorie der staatlichen Interventionen im Bereich des Arbeitsrechts gehört das Verichtsverbot von Art 341 OR.

(10) Als neuester Schritt in diese Richtung kann das eidgenössische Obligatorium der Arbeitslosenversicherung angeführt werden, das im April 1977 in Kraft getreten ist.

- Ausgestaltung einer besonderen Arbeitsgerichtsbarkeit;
- Schaffung der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

Zurückkehrend zum eigentlichen Gegenstand unserer Arbeit lässt sich nun das gesetzliche Verzichtsverbot in das dargelegte System und in die arbeitsrechtliche Gesamtentwicklung einordnen. - Im Folgenden werden wir uns zunächst näher mit der Vertragsfreiheit und ihren Schranken im Arbeitsrecht auseinandersetzen. Daran anschliessend soll die Entwicklung und die heutige Ausgestaltung des Verzichtverbotes behandelt werden.

§ 4 DIE FAKTISCHEN UND RECHTLICHEN SCHRANKEN DER VERTRAGSFREIHEIT IM ARBEITSRECHT

I. Zur Fragestellung

Art 341 Abs 1 OR schreibt vor, dass ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf zwingende¹⁾ Forderungen "verzichten kann"²⁾. Dieses "Nicht-Können" muss etwas präzisiert werden. Selbstverständlich vermag auch eine zwingende Gesetzesnorm den Arbeitnehmer nicht daran zu hindern, dass er auf seine Ansprüche faktisch verzichtet, d.h. dass er sie gegenüber dem Arbeitgeber nicht geltend macht oder dass er von einer gerichtlichen Klage absieht. Die Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR enthält keine Rechtspflicht zu einem Tun, zu einer Geltendmachung der Forderung, sondern sie verbietet Verichtsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und erklärt sie als ungültig. Eine derartige Norm, die Erlassverträge verbietet, beinhaltet eine Einschränkung der Vertragsfreiheit³⁾. Diese Tatsache kann nun nicht einfach mit dem allgemeinen Hinweis übergangen werden, solche Eingriffe in die Privatautonomie der Parteien stellten gerade im Arbeitsrecht nichts Aussergewöhnliches dar und seien sehr häufig anzutreffen. Eine Schranke der Vertragsfreiheit ist nur in besonderen Fällen gerechtfertigt, und sie ist auch nur dann verständlich und akzeptierbar, wenn ihr juristisches Fundament und ihre praktischen Motive dargelegt werden können. Vertrag und Vertragsfreiheit haben einen bestimmten Rang innerhalb der sozialen Werthierarchie: "Indem also der Vertrag zu einem Wert erklärt ist, kann nicht irgend-

-
- 1) Zur Frage der "zwingenden" Forderungen, die von Art 341 Abs 1 OR besonders geschützt werden, siehe § 9 IV, S. 125 ff.
 - 2) Siehe dazu den Wortlaut von Art 341 OR auf S. 123; entsprechend lautet die Formulierung im französischen Gesetzestext: "Le travailleur ne peut pas renoncer ... aux créances ..."
 - 3) Die Freiheit, Verträge oder Ansprüche mittels Vertrag aufzuheben, stellt eine der fünf "Teilfreiheiten dar" in die sich gemäss Oftinger die Vertragsfreiheit aufgliedern lässt.
Siehe S. 71, Anm. 9.

welche Gegentendenz sein Spiel verhindern, sondern es braucht eine Ueberwertigkeit der Gegenkräfte."⁴⁾

II. Die Vertragsfreiheit und ihre Schranken im allgemeinen

1. Die Vertragsfreiheit

Der Begriff "Vertragsfreiheit" hat in Lehre und Rechtsprechung schon zahlreiche Bestimmungen und Umschreibungen gefunden. Je nach den Schwerpunkten, die dieser oder jener Autor setzen wollte, werden entweder die praktischen Erscheinungsformen, die systematische Eingliederung in die Rechtsordnung oder die ideologischen Grundlagen hervorgehoben. Schnyder gelangt zur Feststellung, dass "geradezu eine Scheu herrsche" das Wort zu definieren, und dass Begriffsbestimmungen selbst bei Autoren fehlten, die ausschliesslich die Vertragsfreiheit behandeln⁵⁾. Allerdings misst er diesem Mangel kein allzu grosses Gewicht zu: "Für das Verständnis der Aussage dessen, der das Wort (Vertragsfreiheit, d. V.) braucht, ist durchaus nicht immer eine Definition erforderlich. Der Leser spürt oft gar kein Bedürfnis nach Erläuterung."⁶⁾ In diesem Sinne wollen wir uns auf die folgende Umschreibung beschränken: Unter Vertragsfreiheit verstehen wir die den einzelnen zugewiesene Befugnis, ihre Verhältnisse, soweit sie dem Vertrag überhaupt zugänglich sind, durch

4) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 110. Siehe hierzu auch die Stellungnahme des Anwaltsverbandes zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Zehnten Titels OR: "Hingegen ist es unser Bestreben, das auf dem Boden des Zivilrechts gültige und bewährte Prinzip der Vertragsfreiheit hochzuhalten und ihm, wo eine zwingende Regelung nicht unumgänglich erscheint, zum Durchbruch zu verhelfen." Stellungnahme zum Vorentwurf, N 25, S. 18.

5) Schnyder, S. 30; siehe auch Kunz, S. 8: "Schon eine oberflächliche Betrachtung von Doktrin und Praxis zeigt, dass die Vertragsfreiheit lediglich ein viel gebrauchtes Wortsymbol ist, aber keinen festumrissenen Begriff darstellt."

6) Schnyder, S. 31.

bereinstimmende Willensäusserungen selbst zu gestalten⁷⁾. - In systematischer Hinsicht stellt die Vertragsfreiheit eine der möglichen Manifestationen der Privatautonomie dar⁸⁾. Sie selbst lässt sich wiederum in einzelne "Teilfreiheiten"⁹⁾ aufgliedern.

Für den Bereich des Obligationenrechts wurde das Prinzip der Vertragsfreiheit von unserer Rechtsordnung ausdrücklich anerkannt, und es ist als solches auch heute noch unbestritten¹⁰⁾. Allerdings ist dieser Grundsatz der Rechtsordnung nicht über-, sondern untergeordnet; diese bestimmt, in welchem Mass die Vertragsfreiheit bestehen soll und wo sie einzuschränken sei¹¹⁾. - Entsprechend dem Gegenstand unserer Arbeit werden wir uns im folgenden näher mit diesen Einschränkungen zu befassen haben.

2. Die Schranken der Vertragsfreiheit

a) Allgemeines

Das Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit beruht auf dem Gedanken, dass der einzelne Mensch dank seiner Erkenntnisse und Fähigkeiten in der Lage ist, aus eigener Verantwortung selbst für die Ordnung

7) Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 317.

8) Von einigen Autoren wird in der Systematik zwischen diese beiden Begriffe die "rechtsgeschäftliche Freiheit" eingeschoben; z.B. Kurz, S. 11 ff.

9) Uebersichtlich scheint uns die pragmatische Aufteilung von Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 1: "Die Vertragsfreiheit umfasst folgende Teilfreiheiten:

1. Die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht;
2. Die Freiheit der Wahl der Gegenpartei;
3. Die Freiheit der Gestaltung des Inhalts (OR 19 I);
4. Die Freiheit der Aufhebung oder Aenderung eines Vertrags;
5. Die Freiheit der Wahl der Form."

10) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 110; Oftinger, Staatsstruktur, S. 225 ff; Schönenberger/Jäggi, N 206 vor Art 2 OR; von Tuhr/Sieghart, Band I, S. 233; von Tuhr/Peter, S. 141.

11) Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 332 f; Kunz, S. 7.

seiner Verhältnisse und für die Wahrung seiner Interessen besorgt zu sein¹²⁾. Hinzu tritt eine weitere rechtliche Grundwertung der privaten Lebensverhältnisse: Alle Menschen sind einander gleichgestellt, keiner soll über den andern herrschen. "Wer in den Lebensbereich eines andern eingreifen will, muss sich daher mit ihm verständigen."¹²⁾ Diesem gemeinsamen Wollen kommt in der Gestalt des Vertrages rechtsgestaltende Kraft zu.

Es ist nun offenkundig, dass diese beiden liberalen Thesen von der "Freiheit" und der "Gleichheit" aller Menschen in keiner Art und Weise absolute Geltung beanspruchen können. In der Wirklichkeit des praktischen und rechtlichen Lebens stossen diese Prinzipien überall an Grenzen. Wir unterscheiden zwischen faktischen und juristischen Schranken der Vertragsfreiheit:

b) Die faktischen Schranken der Vertragsfreiheit

In negativer Umschreibung bezeichnet der Begriff "faktische Schranken" jene Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die nicht (bzw. nicht direkt) aus einem Rechtssatz hervorgehen¹⁴⁾. Positiv formuliert meinen wir jene Schranken, die sich aus den Gegebenheiten der Umwelt und aus der Natur des Menschen ergeben. Es zählen hierzu etwa die elementaren Bedürfnisse eines Menschen, nämlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, etc. Zur Befriedigung dieser Bedürfnisse müssen bestimmte Verträge abgeschlossen werden. Weiter können zu den faktischen Schranken auch Rechtssätze gezählt werden, die einen mittelbaren Eingriff in die rechtsgeschäftliche Freiheit bewirken: So zwingt beispielsweise die familienrechtliche Verpflichtung von Art 272 Abs 1 ZGB (Unterhaltungspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern) zu bestimmten Anschaffungen und Vorkehren und damit zum Abschluss von Verträgen¹⁵⁾. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang

12) Kunz, S. 6.

13) Schönenberger/Jäggi, N 207 vor Art 1 OR.

14) Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 327; Kunz, S. 15 f.

15) Schnyder, S. 42.

nach die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Verträge selbst zu erklären: Schliesst jemand einen Arbeitsvertrag ab, ist er danach – zumindest für eine bestimmte Zeit – nicht mehr frei, in den Dienst eines anderen Arbeitgebers zu treten. Zu dieser Art Schranken führt Schnyder aus: "Rechtlich (begrifflich) ist die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Verträge nicht Schranke, sondern Bejahung der Vertragsfreiheit. Faktisch wird sie zur Schranke."¹⁶⁾

Durch die faktischen Schranken wird der Raum abgegrenzt, in dem die Vertragsfreiheit überhaupt denkbar ist und auch ausgeübt werden kann. Offensichtlich ist nun dieser Freiheitsraum für jedes Individuum von unterschiedlicher Grösse, je nach seiner ererbten oder erworbenen Stellung in der Gesellschaft, je nach seinen persönlichen, familiären und beruflichen Voraussetzungen und Bindungen, je nach seiner wirtschaftlichen Stellung und seiner Verfügungsmacht über materielle Güter. Die faktischen Schranken widerlegen die Theorie von der absoluten Freiheit und Gleichheit der Menschen.

c) Die juristischen Schranken der Vertragsfreiheit

Als juristische Schranken bezeichnen wir jene positiv-rechtlichen Gesetzesvorschriften, die unmittelbar auf die Einschränkung der Vertragsfreiheit ausgerichtet sind. Derartige Normen gehören zum "Normalbestand" einer Rechtsordnung¹⁷⁾ und finden sich sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Recht. Sie sind zum Teil als Generalklauseln und zum Teil als Einzelbestimmungen formuliert; sie können entweder als Verbotsnormen auftreten, welche die stärkere Partei bei der Ausübung von Macht einschränken, oder als Gebotsnormen, welche ihr zu Gunsten des schwächeren Partners gewisse Verpflichtungen auferlegen¹⁸⁾.

6) Schnyder, S. 42.

7) Otfinger, Vertragsfreiheit, S. 324.

8) In einer weiteren Gliederung wird noch unterschieden zwischen "leges perfectae" und "leges imperfectae". Vgl. von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 110 f.

Es wurde bereits oben dargelegt, dass die Gründe, die den Gesetzgeber zur Festsetzung von juristischen Schranken veranlassen, in der Werthierarchie der Rechtsordnung dem Prinzip der Privatautonomie übergeordnet sein müssen. Sie ergeben sich aus dem Zweck des Rechts, das sich "auf der einen Seite die Begrenzung und den Schutz der äusseren Lebenssphäre des Individuums, auf der anderen Seite den Aufbau und die Sicherung des Lebens der Allgemeinheit zum Ziele setzen muss."¹⁹⁾

Die juristischen Schranken der Vertragsfreiheit begrenzen in der einen Richtung den Freiheitsraum des einzelnen zu Gunsten und zum Schutze seines Vertragspartners. Die Rechtsordnung korrigiert damit die faktische Ungleichheit zwischen zwei Vertragsparteien und verhindert, dass die grössere Macht des stärkeren Partners den schwächeren völlig an der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen hindert.

Nun kann jedoch das positive Recht nicht jede Ungleichheit korrigieren; es kann nicht im selben Masse "individualisieren", wie dies beim sittlichen Urteil der Fall ist²⁰⁾. Der Gesetzgeber muss sich deshalb auf die Regelung von "Standardfällen" beschränken, d.h. er darf nur dort mit Gebots- oder Verbotsvorschriften eingreifen, wo die Diskrepanz des Kräfteverhältnisses nach aller Lebenserfahrung den Normalfall bildet und wo das Fehlen von Schranken zu nicht mehr tolerierbaren Ergebnissen führen müsste.

In einer andern Richtung greifen die gesetzlichen Schranken zum Schutze der Gesellschaft ein. Der Freiheitsraum des einzelnen muss eingeschränkt werden im Interesse der öffentlichen Ordnung und zum Schutze des politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebens. Dieses Prinzip als solches ist unbestritten; Schwierigkeiten ergeben sich jedoch im Einzelfall, wo der Gesetzgeber ein konkretes öffentliches Interesse gegenüber dem Recht des einzelnen auf Privatautonomie abwägen muss. Es stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen rechtspolitischer und ideo-

19) O. von Gierke, Die sociale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, S. 5.

20) Germann, S. 283.

logischer Natur, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann. Immerhin glauben wir, dass der Tendenz nach die Einschränkungen der Privatautonomie eher zunehmen werden, da sich das Gefüge der Gesellschaft mit der fortschreitenden sozialen, wirtschaftlichen und technischen Entwicklung zusehends enger, vielfältiger und damit "störungsanfälliger" gestalten wird.

III. Die Rechtfertigung der juristischen Schranken im Arbeitsrecht

1. Die Ausgangslage

Auch bezüglich des Arbeitsvertrages muss nach wie vor die Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt beachtet werden²¹⁾. In der Botschaft zum revidierten Zehnten Titel OR wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch für den Einzelarbeitsvertrag wie für das gesamte Obligationenrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte, obschon Art 326 aOR²²⁾ nicht mehr in den neuen Gesetzestext übernommen worden sei²³⁾. Diese Bestimmung wurde nämlich als überflüssig erkannt, da sie lediglich eine beinahe wörtliche Wiederholung der für das ganze Vertragsrecht geltenden Bestimmung von Art 19 Abs 1 OR enthielt. Die Streichung war deshalb ausschliesslich rechtssystematisch begründet; andere Folgerungen dürfen daraus nicht gezogen werden.

In folgenden wird nun die Frage behandelt, inwiefern und inwieweit die oben allgemein dargestellten Voraussetzungen, die den Gesetzgeber zum Eingreifen in die Vertragsfreiheit veranlassen, im Bereich des Arbeitsverhältnisses gegeben sind.

-
-) Tröster, S. 10. In diesem Sinne auch Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 172.
 -) Art 326 aOR: "Der Vertragsinhalt kann innerhalb der Schranken des Gesetzes und der guten Sitten beliebig vereinbart werden."
 -) Botschaft 1967, S. 49 sowie S. 35.

2. Die für das Arbeitsverhältnis typische Abhängigkeit des Arbeitnehmers

a) Allgemeines

Mit dem Begriff der "Abhängigkeit" will man das im Arbeitsverhältnis typische Ungleichgewicht der Kräfte umschreiben, das sich zu Lasten des Arbeitnehmers auswirkt. Vielfach wird diese Abhängigkeit sogar in die Definition des "Arbeitsrechts" miteinbezogen, so z.B. bei Nikisch: "Das Arbeitsrecht regelt ... die Rechtsstellung der Arbeitnehmer, also der abhängigen, weil in fremdem Dienste beschäftigten Menschen"²⁴⁾, oder bei Hueck/Nipperdey: "Arbeitsrecht ... als Sonderrecht des abhängigen Arbeitnehmers"²⁵⁾. In der Schweiz hat sich vor allem Schweingruber in wissenschaftlicher Form mit der Abhängigkeit der Arbeitnehmer befasst²⁶⁾. Diese Abhängigkeit, die, wenn man den aufgeführten Autoren²⁷⁾ folgen will, als "typisches" Merkmal für die Situation des Arbeitnehmers gelten kann, zeigt sich in verschiedenen Erscheinungsformen. In der Theorie wird etwa unterschieden zwischen der persönlichen, der betrieblichen und der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers²⁸⁾. Je nach den persönlichen Verhältnissen, je nach der Art des Betriebes und je nach der gesamtwirtschaftlichen oder branchenspezifischen Lage ist es bald die eine oder die andere Erscheinungsform, die in den Vordergrund tritt²⁹⁾.

24) Nikisch, S. 4.

25) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 7.

26) Schweingruber, "Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, insbesondere nach den Allgemeinen Bestimmungen des OR", Diss. Bern, 1930.

27) Vgl. auch Gysin, ZBJV 87, S. 63: "Sie (die Abhängigkeit, d. V.) ist als entscheidendes Charakteristikum des modernen Arbeitsrechts in der Doktrin und Praxis durchgehend anerkannt."

28) Z.B. bei Schweingruber, Kommentar, S. 20.

29) Auch in zeitlicher Hinsicht ist eine Dreiteilung möglich: Die Abhängigkeit beim Abschluss des Arbeitsvertrages, die Abhängigkeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Abhängigkeit bei der Beendigung des Anstellungsverhältnisses, bzw. während der daran anschliessenden Zeit. Siehe näheres dazu auf S. 82 ff.

b) Die persönliche und betriebliche Abhängigkeit

Die persönliche und die betriebliche Abhängigkeit beruhen auf der Tatsache, dass der Arbeitnehmer seine Kenntnisse und seine Fähigkeiten während der vereinbarten Zeit persönlich in den Dienst eines andern stellen muss³⁰⁾ und dass er gezwungen wird, sich in die betriebliche "Autoritätshierarchie" des Arbeitgebers einzuordnen, bzw. sich ihr unterzuordnen³¹⁾. Gestützt auf sein Direktionsrecht kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten im Betrieb allgemeine und besondere Weisungen erteilen. Gemäss Art 321 d OR hat der Arbeitnehmer die Pflicht, derartige Weisungen zu befolgen. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art 321 a Abs 1 OR) kann dem Arbeitnehmer in Ausnahmefällen - z.B. in einem sog. "Tendenzbetrieb"³²⁾ - sogar gebieten, auch Direktiven des Arbeitgebers zu befolgen, die sich auf das ausserdienstliche Verhalten erstrecken³³⁾.

Im Rahmen der persönlichen und betrieblichen Abhängigkeit möchten wir auch den Zwang der Arbeitnehmer zur stetigen Anpassung an den technologischen Fortschritt erwähnen. Immer mehr Tätigkeiten und Funktionen, die bis anhin von Hilfskräften, aber auch von Spezialisten wahrgenommen wurden, können heute von hochentwickelten Maschinen und Automaten übernommen werden. Die Folgen aus dieser Entwicklung für die Arbeitnehmer sind verschiedenartig: Anpassung an den Rythmus der Maschine, Uebernahme von neuen, oft weniger anspruchsvollen Aufgaben (oft nur noch Kontrolle der Wartung der Maschinen), Versetzung und Umschulung, Verlust des Arbeitsplatzes. Allgemein zu den Konsequenzen der Rationalisierung und Mechanisierung wird in der Botschaft zum neuen Arbeitsvertragsrecht folgendes ausgeführt: "Diese Veränderung der Arbeitsorganisation und Ar-

0) Schweingruber, Kommentar, S. 19 f; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 26.

1) Tröster, S. 6.

2) Siehe dazu Rehbinders, Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden, SJZ 74(1978), S. 133 ff.

3) Rehbinders, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 49 f.

beitsweise verstärkt die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von den technischen und organisatorischen Gegebenheiten des einzelnen Betriebes, in den er aufgrund seines Arbeitsvertrages eintritt. Damit steigert sich die persönliche Abhängigkeit von den Befehlen, Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers bei der Erbringung der dem Arbeitnehmer jeweils übertragene Arbeiten im Rahmen der festgelegten Arbeitszeit."³⁴⁾

c) Die wirtschaftliche Abhängigkeit

Ein anderer Sachverhalt ist gemeint, wenn man von der "wirtschaftlichen Abhängigkeit" des Arbeitnehmers spricht³⁵⁾. Ausgangspunkt bildet hier die Tatsache, dass in aller Regel ("typisch") derjenige, der nicht einen selbständigen Beruf ausüben kann, gezwungen ist, seinen Unterhalt (bzw. den seiner Familie) durch Arbeit in fremden Diensten sicherzustellen³⁶⁾. Je nach den Umständen kann er sich dabei seinen Arbeitgeber und die Arbeitsbedingungen mehr oder weniger aussuchen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird umso grösser sein, je kleiner die "Auswahlmöglichkeiten" des Arbeitnehmers sind³⁷⁾. Diese Auswahlmöglichkeit und damit die Stärke der Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber können abhängen von Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers selbst liegen: Ausbildung, Beruf, berufliche Erfahrung, Alter, Gesundheit etc. Dann sind aber auch Faktoren massgebend, die in der Umwelt des Arbeitnehmers angesiedelt sind. Wir denken dabei in erster Linie an die jeweilige gesamtwirtschaftliche und branchenspezifische Situation, die steten Änderungen unterworfen ist und sich bald zu Ungunsten und bald zu Gunsten eines Arbeitnehmers auswirken kann. So ist etwa in der Botschaft des Bundesrates zum revidierten Zehnten Titel OR folgende Stelle

34) Botschaft 1967, S. 34.

35) Schweingruber, Das Arbeitsrecht in der Schweiz, S. 48.

36) Hueck/Nipperdey, Band I, S. 26; Nikisch, S. 29.

37) Gysin, ZBJV 87, S. 63.

schzulesen: "Im Zeichen der Voll- und Ueberbeschäftigung hat sich die wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer völlig verändert. Ihre ökonomische Zwangslage ist verschwunden, so dass nicht mehr der Arbeitnehmer um einen Arbeitsplatz, sondern der Arbeitgeber sich um Arbeitskräfte bemühen muss."³⁸⁾ Heute, nur wenige Jahre später, hat sich das Blatt wieder gewendet. Die Arbeitslosigkeit und ihre Folgen sind auch in unserem Lande erneut zu einem aktuellen Problem geworden.

d) Die intellektuelle Abhängigkeit

Als weitere Erscheinungsform möchten wir schliesslich die "intellektuelle Abhängigkeit" des Arbeitnehmers aufführen. Wenn auch dieser Begriff mit der Gefahr von Missverständnissen verbunden ist, so scheint er uns doch geeignet, den darzustellenden Sachverhalt wiederzugeben³⁹⁾: Wir denken hier an die häufig feststellbare Geschäftsunerfahrenheit von "einfacheren" Arbeitnehmern, die oft nur über sehr geringe Kenntnisse ihrer Ansprüche verfügen und die erheblichen Schwierigkeiten haben, ihre Forderungen anzumelden oder gar durchzusetzen. Noch kritischer wird ihre Lage, wenn zur Geschäftsunerfahrenheit - z.B. bei Gastarbeitern - auch noch sprachliche Schwierigkeiten hinzutreten. Ferner ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass heute auch der Einzelarbeitsvertrag durch Vereinbarungen auf Reglemente, Statuten, allgemeine Bedingungen und dergleichen immer unübersichtlicher wird. - Auf mögliche Auswirkungen der intellektuellen Abhängigkeit des Arbeitnehmers in der Praxis haben wir ausführlich oben bei der Behandlung der Saldoquittung hingewiesen⁴⁰⁾.

3) Botschaft 1967, S. 34. Einlässlich dazu Schweingruber in Festgabe für Fritz Marbach (1962).

4) Wir verwenden diesen Begriff in Anlehnung an Gysin, ZBJV 87, S. 69 und Steiner, S. 282, die beide von der "intellektuellen Ueberlegenheit" des Arbeitgebers sprechen.

5) Siehe S. 44 ff.

3. Der Schutz der Arbeitnehmer als gesellschaftliches Postulat

Als Ausgangspunkt sei hier nochmals ein kurzer Rückblick in die neuere Geschichte des Arbeitsrechtes gestattet. Es wurde bereits oben ausgeführt, zu welch unhaltbaren Zuständen die liberalistische Auffassung des Arbeitsverhältnisses in Verbindung mit der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung des 19. Jahrhunderts geführt hat. Besonders gravierend waren damals auch die Missstände, die sich durch den Einbezug von Kindern in den Fabrikationsprozess ergeben haben. Auch in unserem Lande war es keine Seltenheit, dass Kinder in ununterbrochenem Betrieb mit Schichtwechsel um die Mittags- und Mitternachtsstunde beschäftigt wurden⁴¹⁾. Der Staat musste eingreifen, denn er konnte nicht mehr übersehen, dass "dem Volk hier Schaden droht, unter dem nicht nur die Gegenwart, sondern auch die Zukunft zu leiden hätte."⁴²⁾ Es fällt übrigens auf, dass nicht nur in der Schweiz, sondern auch in anderen europäischen Staaten, beispielsweise in Deutschland⁴³⁾, der Arbeitnehmerschutz seinen Anfang nahm mit dem Schutz des unmündigen Kindes. In der Folge wurde dann immer mehr auch der Schutz des erwachsenen Arbeiters ausgebaut. Besonders die in den 40er Jahren des vorigen Jahrhunderts einsetzende Diskussion der "sozialen Frage" vermochte diesen Bestrebungen starke Impulse zu verleihen.

41) Vgl. dazu die zahlreichen Beispiele, die von Weidmann aufgeführt werden, z. B. auf S. 52: "In der Repetierschule von Iberg befinden sich sieben Knaben und fünf Töchter, welche in der Bühler'schen Spinnerei seit mehreren Monaten täglich volle 18 (!) Std. arbeiten müssen."

42) Weidmann, S. 41.

43) Siehe dazu auch das bei Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 806 aufgeführte Beispiel: "In Preussen traten schwere gesundheitliche Schädigungen der in den Fabriken seit den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts beschäftigten Arbeiter immer stärker hervor. Insbesondere war es die starke Beschäftigung der Kinder, die zu unhaltbaren Zuständen führte. In Jahre 1828 wies ein Bericht des Generalleutnants von Horn darauf hin, dass wohl in Folge der Nachtarbeit der Kinder, die Fabrikbezirke ihre Kontingente zum Ersatz der Armee nicht mehr vollständig stellen konnten. - Eine Kabinettsorder Friedrich Wilhelm III verlangte daraufhin Abhilfe."

Welche Bedeutung einer gerechten Regelung der Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf das Gemeinwohl des Staates zukommt, soll auch noch an einem anderen Beispiel dargelegt werden: So war es denn nicht von ungefähr, dass das bahnbrechende Friedensabkommen in der Maschinen- und Metallindustrie von 1937 unter dem Eindruck der schweren, äusseren Bedrohung der Schweiz abgeschlossen wurde. Es setzte sich in jener Zeit die Einsicht durch, dass ein Volk nur dann in der Lage sei, dem starken Druck von aussen standzuhalten, wenn es auch fähig sei, in gerechter Weise seine sozialen Spannungen und Konflikte im Innern zu regeln.

Wir haben die oben aufgeführten Beispiele, die sich auf aussergewöhnliche und - wenigstens für unsere Verhältnisse - nicht mehr aktuelle Situationen beziehen, deshalb ausgewählt, weil sie sehr deutlich die Bedeutung der Arbeitsordnung für das Gemeinwesen zu illustrieren vermögen. - Wir möchten uns hier Schweingruber anschliessen, der bei der Antwort auf die Frage nach der "konstruktiven Idee" des Arbeitsrechts von der persönlichen Schutzbedürftigkeit des einzelnen Arbeitnehmers ausgeht, dann aber einen weiteren Schritt macht und fordert: "Wir brauchen mehr, die Stellung der abhängigen Arbeit im Volksganzen zu bestimmen, das ist die Aufgabe. Das wertvollste Gut eines Staatswesens im Krieg und im Frieden sind die arbeitenden Menschen, wozu quantitativ und qualitativ gerade auch die im Dienste anderer, also in abhängiger Stellung arbeitenden gehören."⁴⁴⁾

Zusammenfassend können wir hier festhalten, dass die Gestaltung des Arbeitsvertrages und des Arbeitsverhältnisses mit Rücksicht auf die Situation des einzelnen Arbeitnehmers (die wir mit dem Begriff der "Abhängigkeit" umschrieben haben) einerseits und die Belange der staatlichen Gemeinschaft andererseits nicht uneingeschränkt dem freien Kräftepiel zwischen den Parteien überlassen werden darf. Oder anders ausgedrückt: Im Bereich des Arbeitsrechts sind die Voraussetzungen gegeben, die den Gesetzgeber zur Einschränkung der Vertragsfreiheit berech-

4) Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 32.

tigen, bzw. verpflichten. Wie bereits oben ausgeführt wurde stehen ihm dabei verschiedene Wege offen, neben andern namentlich die uns hier interessierende Einführung von zwingenden, unabdingbaren Bestimmungen in das Arbeitsvertragsrecht.

IV. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers und das Verzichtsverbot

Nachdem im vorausgehenden Abschnitt ganz allgemein auf die rechtspolitischen und praktischen Voraussetzungen für die Schaffung zwingender Normen im Arbeitsrecht eingegangen wurde, soll im folgenden nun die besondere Frage erörtert werden, ob die "typische" Abhängigkeit der Arbeitnehmer auch die Einführung eines Verzichtverbotes, namentlich eines "nachvertraglichen" Verzichtverbotes zu rechtfertigen vermag. Diese Frage lässt sich auch so formulieren: Was hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, die von ihm als unabdingbar erklärten Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages (Art 361 und 362 OR) und des Gesamtarbeitsvertrages (Art 357 OR) mit Hilfe eines Verzichtverbotes in ihrer Wirksamkeit zusätzlich zu verstärken?

Bei der Betrachtung des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kann eine Gliederung in folgende drei Zeitabschnitte vorgenommen werden: Die Zeit vor und bei Beginn des Arbeitsverhältnisses (hier hinein fällt insbesondere der Abschluss des Vertrages)⁴⁵⁾, die Zeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da in unserem Zusammenhang die Abhängigkeit beim Abschluss des Arbeitsvertrages nicht zur Diskussion steht, können wir uns im folgenden auf die beiden übrigen Phasen beschränken:

45) Zur Frage der Differenzierung zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag siehe S. 143 ff.

1. Die Abhängigkeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses

Mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers erhält das Vertragsverhältnis eine entscheidende Intensivierung. Neben der allgemeinen wirtschaftlichen entwickelt sich nun auch die persönliche und betriebliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Das in der betrieblichen Hierarchie begründete Subordinationsverhältnis wirkt sich praktisch auch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vorgehen aus, in dem die Vertragsparteien einander von Gesetzes wegen an sich gleichgestellt wären⁴⁶⁾. Aus Angst vor möglichen Nachteilen, z.B. vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, einer Versetzung oder einer Kündigung, wagt es der Arbeitnehmer aber oft nicht, dem Arbeitgeber zu widersprechen, wenn dieser ihm vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Leistungen verweigert. Noch weniger wird er versuchen, seine Klage dem Richter vorzutragen⁴⁷⁾. Unter diesem Aspekt spielt es denn auch keine grosse Rolle, ob die Ansprüche, auf deren Geltendmachung oder Durchsetzung der Arbeitnehmer verzichtet hat, auf Grund einer Einzelverbreude oder auf Grund von dispositiven oder zwingenden Gesetzesbestimmungen entstanden sind⁴⁸⁾. Wollte nun ein Arbeitnehmer angesichts dieser Zwangssituation seine Ansprüche "aufsparen" und erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen, so musste er gewärtigen, dass ihm der Arbeitgeber die Einrede des ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts entgegenhielt. - Hier nun vermag die Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR ihre Wirkung zu entfalten, indem sie vorschreibt, dass Verzicht des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unbeachtlich seien.

6) Steiner, S. 282.

7) Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 42; Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 206; Tschudi, S. 36.

8) Dieser Sachverhalt gab Schweingruber seinerzeit Anlass, de lege ferenda zu fordern, dass Ansprüche, die im Verlauf des Dienstverhältnisses realisiert werden sollten, "ins öffentliche Recht zu versetzen oder doch öffentlich-rechtlich zu verstärken seien." Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 44 ff.

Diese praktische Bedeutung eines Verzichtverbotes, welches nicht, wie die anderen Schutznormen, auf die Entstehung von Ansprüchen des Arbeitnehmers sondern auf deren Durchsetzung gerichtet ist, wurde erstmals im Zusammenhang mit dem Gesamtarbeitsvertrags-Recht erkannt. So hatte denn die Mehrheit der Autoren in der Schweiz bereits seit 1911 eine wesentliche Verknüpfung zwischen Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit angenommen⁴⁹⁾.

2. Die Abhängigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

"Die Situation für den Dienstpflichtigen ändert sich wesentlich im Zeitpunkt der Beendigung des Dienstvertrages. Jetzt hört seine Zwangslage gegenüber dem bisherigen Dienstherrn auf."⁵⁰⁾ Dieser These kann im Prinzip sicher nicht widersprochen werden: Der Kernpunkt dessen, was die Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausmacht, d.h. die Angst vor Verschlechterung oder Verlust seiner Stelle, fällt nun dahin. Trotzdem scheint es aber zulässig, auch von einer "nachvertraglichen" Abhängigkeit des Arbeitnehmers zu sprechen⁵¹⁾. Nachstehend möchten wir unsere durch Literatur, Judikatur und Praxis erhärtete Meinung etwas konkretisieren und darlegen, weshalb selbst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Gefahr einer Benachteiligung des Arbeitnehmers bestehen kann.

In der parlamentarischen Beratung zu Art 323 Abs 3 aOR⁵²⁾ haben verschiedene Votanten auf die Praxis gewisser Arbeitgeber aufmerksam gemacht, die sich weigern würden, einem Arbeitnehmer den letzten Lohn auszubezahlen, wenn dieser sich nicht bereit erkläre, eine Saldoquittung zu unterzeichnen. So führte etwa Ständerat Moeckli aus: "A ce moment-là (bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d. V.), il est présenté à

49) Siehe S. 92 ff.

50) Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 43; vgl. auch Tschudi, S. 37.

51) Gysin, ZBJV 87, S. 69; Gysin, ZBJV 93, S. 431.

52) Siehe dazu S. 99 ff.

l'ouvrier une pièce solde de toutes ses prétentions vis-à-vis de l'entre-
prise. Pour toucher sa paie, l'ouvrier signera pour solde et renoncera
explicitement à certains droits qu'à son avis lui confère telle ou telle
autre clause impérative ..."⁵³⁾ - In anderen Fällen ist es denkbar, dass
der Arbeitnehmer aus Angst vor Schikanen auf seine Ansprüche verzich-
tet. Er befürchtet beispielsweise, der Arbeitgeber werde ihm durch ne-
gative Auskünfte oder durch andere Vorkehren⁵⁴⁾ den Antritt einer neuen
Stelle erschweren oder gar verunmöglichen⁵⁵⁾. - Ferner ist auch in die-
sem Zusammenhang an die oben erwähnte sog. "intellektuelle Abhängig-
keit" des Arbeitnehmers zu erinnern, die selbstverständlich über das Ar-
beitsverhältnis hinaus andauert. Sie kann sich entweder in dem Sinn äus-
sern, dass ein Arbeitnehmer gar nicht alle seine Forderungen kennt⁵⁶⁾,
oder in jenem Sinn, dass der Arbeitnehmer nicht realisiert, dass er -
beispielsweise durch die Unterzeichnung einer Saldoquittung - auf seine
weiteren Ansprüche verzichtet⁵⁷⁾. - Schliesslich ist zu bedenken, dass
namentlich bei einer fristlosen Entlassung ein Arbeitnehmer im Affekt,
aus Wut, Aerger, Erregung oder Resignation einer Schlussabrechnung
gar nicht mehr die notwendige Beachtung schenkt⁵⁸⁾. Er gibt in solchen
Momenten Forderungen preis, auf die er bei nüchterner Ueberlegung und
sachlicher Aufmerksamkeit nie verzichtet hätte.

Es kann hier vorweggenommen werden, dass zuerst Art 323 Abs 3 OR
(1956) und später der heute geltende Art 341 OR die Verzichts-Sperrfrist
auf einen Monat über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus verlän-

-
- 3) Sten. Bulletin, StR 1956, S. 187. In diesem Sinn auch NR Borel,
siehe Sten. Bulletin, NR 1956, S. 238.
 - 4) Zum Problemkreis "Geheimzeichen, unwahre Auskünfte und erschwe-
rende Abreden, (unter Arbeitgebern, d. V.)" siehe Zingg, S. 3 f.
 - 5) Gysin, ZBJV 87, S. 69.
 - 6) Vgl. hierzu Ph. Schmid im NR: "Speziell im Hotelgewerbe haben uns
die dort verantwortlichen Vertreter der Arbeitnehmer erklärt, dass
man vielfach den Angestellten, weil sie nicht wissen, was Rechtens
ist, solche Saldoquittungen unterbreitet, obwohl sie doch allerhand
Forderungen hätten." Sten. Bulletin, NR 1956, S. 239.
 - 7) Siehe zu dieser Frage unsere Ausführungen S. 44 ff.
 - 8) Vgl. Orlando, S. 205.

gert haben. Damit verlieren die oben aufgeführten Bedenken und Gefahren weitgehend an Bedeutung⁵⁹⁾. - Zwar ist auch heute noch ein Erlassvertrag - z.B. im Rahmen eines Vergleiches - durchaus möglich und nicht für alle Zeiten verboten. Er darf aber erst nach einem gesetzlich bestimmten Zeitablauf vereinbart werden, der eine gewisse Gewähr dafür bietet, dass das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, unter welchem Aspekt auch immer, nicht mehr bestehen sollte.

59) Einschränkend ist schon hier darauf hinzuweisen, dass sich das Verzichtsverbot von Art 341 OR nur auf die zwingenden, unabdingbaren Forderungen des Arbeitnehmers erstreckt. Näheres dazu siehe S. 125 ff.

§ 5 DIE FRAGE DER UNVERZICHTBARKEIT GEMAESS
ART 323 OR VON 1911

Die Frage der Zulässigkeit eines Verzichtes auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis stellte sich im schweizerischen Arbeitsrecht erstmals, als das 1911 neu in das OR aufgenommene Gesamtarbeitsvertrags(GAV)-Recht die Unabdingbarkeit der normativen Bestimmungen eines GAV erklärte.

I. Die Aufnahme des Gesamtarbeitsvertrages in
das Schweizerische Obligationenrecht

Gesamtarbeitsverträge bestanden in der Schweiz schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts¹⁾. Einen der ersten bekannten GAV brachte das Buchdruckergewerbe in St. Gallen im Jahre 1861 zustande²⁾. Die gesetzliche Regelung erfolgte vorerst nicht auf Bundesebene, sondern in den einzelnen Kantonen. So findet sich die Erwähnung des GAV in einem kantonalen Gesetz schon im Jahre 1904, nämlich in den Bestimmungen "sur les tarifs d'usage" des Kantons Genf³⁾. Laut Angaben des statistischen Amtes bestanden 1908 im Kanton Zürich bereits 294 GAV, an denen 11150 Arbeitnehmer beteiligt waren⁴⁾. Dennoch kann die spätere Aufnahme der gesetzlichen Regelung des GAV in das Obligationenrecht von 1911⁵⁾ als Pionierleistung bezeichnet werden, die, wie Baumeister schreibt, "in den anrenzenden Staaten, vor allem in Deutschland, Bewunderung und Neid erregte."⁶⁾ Worin bestand nun eigentlich diese Besonderheit? Zweifellos

-
-) Eichholzer, Gesamtarbeitsvertrag, S. 48; Schumacher, S. 64.
 -) Schirmer, S. 6. - Der erste gesamtschweizerische GAV in diesem Berufszweig war der "Buchdruckertarif" von 1907.
 -) Schirmer, S. 6.
 -) Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 119, Anm. 2.
 -) Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.
 -) Zit. nach Schirmer, S. 6.

nicht in der blossen Erwähnung des GAV an sich und bestimmt auch nicht in der Ausführlichkeit der Regelung⁷⁾, denn das GAV-Recht im OR von 1911 umfasste lediglich die beiden Artikel 322 und 323. Das Aufsehereregende, Ungewöhnliche bestand darin, dass erstmals in einem europäischen Gesetz die normativen Bestimmungen eines GAV mit der Wirkung der Unabdingbarkeit ausgestattet wurden. Der Gesetzgeber hatte erkannt, dass der GAV seinen Zweck nur dann erfüllen konnte, wenn dessen Bestimmungen über das Einzelarbeitsverhältnis (die sog. "normativen" Bestimmungen) mit zwingend-ergänzender Wirkung ausgestattet werden⁸⁾. Die damalige Einsicht verdient Anerkennung, selbst wenn man mit Hug die Meinung teilen möchte, dass sich der Gesetzgeber damals des grossen, prinzipiellen Schrittes nicht bewusst war, der darin bestand, privaten Rechtssubjekten die Befugnis zur Rechtssetzung für das Arbeitsverhältnis einzuräumen⁹⁾.

II. Normative und schuldrechtliche Bestimmungen eines GAV

Die Bestimmungen eines GAV können in zwei Gruppen aufgeteilt werden¹⁰⁾:

-
- 7) Schweiz. Vereinigung für Sozialpolitik, WR 1952, S. 3: "Da man bei der Schaffung des revidierten OR im Jahre 1911 erst geringe Erfahrung mit dem GAV besass, kam damals eine eingehendere Regelung nicht in Betracht."
 - 8) Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 119.
 - 9) Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 119.
 - 10) Es ist hier darauf hinzuweisen, dass es Gesamtarbeitsverträge gibt, die lediglich schuldrechtliche Bestimmungen enthalten und auf normative Bestimmungen verzichten; so z.B. einzelne Friedensabkommen oder ähnliche Vereinbarungen. Siehe dazu Schweingruber/Bigler, S. 22 oder Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 121.

1. Die normativen Bestimmungen

Die normativen Bestimmungen regeln die einzelnen Arbeitsverhältnisse, die von den beteiligten Arbeitnehmern und Arbeitgebern eingegangen werden. In diesem Sinn kann der GAV als "Normenvertrag"¹¹⁾ oder als "Normenproduzent"¹²⁾ für fremde Vertragsverhältnisse bezeichnet werden. Die normativen Bestimmungen lassen sich in folgende Kategorien einteilen:

- Abschlussnormen: Sie regeln das Zustandekommen der Einzelarbeitsverhältnisse und erscheinen meist als Formvorschriften, Abschlussgebote und Abschlussverbote.
- Inhaltsnormen: Sie können alles betreffen, was Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages bilden könnte, so namentlich den Arbeitslohn, die Zulagen, die Arbeitszeit, die Ferien etc.
- Beendigungsnormen (sie könnten auch den Inhaltsnormen zugezählt werden): Sie enthalten Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so z.B. über die Kündigung, den Kündigungsschutz, die Schlussabrechnung etc.

Insgesamt hat sich der normative Teil der GAV immer mehr vom bloßen Lohn tariff zur umfassenden Arbeitsordnung entwickelt¹³⁾.

2. Die schuldrechtlichen Bestimmungen

Die schuldrechtlichen Bestimmungen regeln das gegenseitige Verhältnis, die Rechte und Pflichten der am GAV beteiligten Parteien (Arbeitnehmerverbände, Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände). Im Vordergrund steht dabei die beidseitige Verpflichtung, für die ordnungsgemässe Einhaltung des Vertrages besorgt zu sein.

1) Calomiris, S. 3 f und die dort aufgeführten Autoren.

2) Von Büren, OR Besonderer Teil, S. 158.

3) Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 121.

Im schuldrechtlichen Teil des GAV können insbesondere das Interventionsrecht, die Einwirkungspflicht und die Friedenspflicht geregelt werden¹⁴⁾.

Die stichwortartige Umschreibung der beiden Kategorien von GAV-Bestimmungen kann hier genügen. Wichtig bleibt die Feststellung, dass die normativen Bestimmungen eines GAV mit der besonderen Wirkung der (einseitigen) Unabdingbarkeit ausgestattet sind. Darauf wird im folgenden noch näher einzugehen sein. Der zweiten Gruppe fehlt diese Wirkung; die schuldrechtlichen Bestimmungen verpflichten lediglich die Vertragsparteien (in der Regel die Verbände), jedoch nicht direkt die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

III. Die Unabdingbarkeit der normativen Bestimmungen

1. Die Bestimmungen von Art 323 OR (1911)

Art 323 OR (1911) hatte folgenden Wortlaut:

"Dienstverträge, die von auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitnehmern abgeschlossen werden, sind, soweit sie den darin aufgestellten Bestimmungen widersprechen, nichtig."¹⁵⁾

"Die nichtigen Bestimmungen werden durch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt."

Ein Zweifaches wurde damit von Art 323 OR (1911) ausgesagt:

14) Siehe dazu Schweingruber/Bigler, S. 65 ff.

15) Das sog. "Günstigkeitsprinzip", d.h. die Zulässigkeit von abweichenden Abreden zugunsten des Arbeitnehmers, wurde in Judikatur und Literatur durch Auslegung schon damals anerkannt (siehe dazu Schweingruber/Bigler, S. 58). Ausdrückliche Aufnahme in das Gesetz fand es aber erst 1956 (Art 323 Abs 2 OR; näheres dazu siehe S. 98). Heute ist dieses Prinzip festgehalten in Art 357 Abs 2 OR.

Einem GAV widersprechende Abreden¹⁶⁾ sind nichtig, Demnach kommt der normativen GAV-Bestimmung dieselbe Wirkung zu wie einer zwingenden Norm des Gesetzes: Rechtsfolge ist die Nichtigkeit. Unter diesem Gesichtspunkt kann eine GAV-Bestimmung folgerichtig als zwingend bezeichnet werden.

Die nichtige Bestimmung wird durch diejenige des GAV ersetzt. Mit der Nichtigerklärung hat es also nicht sein Bewenden: An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt die verletzte Norm des GAV. Diese weitere Rechtsfolge nennt man die unmittelbare oder automatische Wirkung einer GAV-Bestimmung.

Diese doppelte Wirkung wird von den meisten Autoren als "Unabdingbarkeit" bezeichnet, so namentlich von Oser/Schönenberger¹⁷⁾, Rehbinder¹⁸⁾, Schweingruber/Bigler¹⁹⁾, Jacobi²⁰⁾ und Schirmer²¹⁾. Es sei hier namentlich auch auf den grundlegenden Beitrag von Lang "Der Arbeits-Tarifvertrag" hingewiesen²²⁾.

3) Der hier vom Gesetz verwendete Begriff "Dienstvertrag" ist missverständlich: Wenn eine dem GAV widersprechende Vereinbarung (z. B. bezüglich des Lohnes) getroffen wird, so ist nur diese Abrede ungültig und nicht der gesamte Dienstvertrag. Bei der Revision von 1956 wurde die entsprechende Korrektur vorgenommen. Siehe S. 98.

7) Oser/Schönenberger, N 2 ff zu Art. 323 OR.

8) Rehbinder, S. 165.

9) Schweingruber/Bigler, S. 63.

10) Jacobi, S. 284 f.

11) Schirmer, S. 37.

12) In ZSR 28 (1909) S. 540 ff, 581 ff und 598 ff. Die Aufnahme der Unabdingbarkeit in Art 323 OR geht denn auch wesentlich auf die entsprechenden Postulate von Lang zurück. Siehe dazu Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 119.

2. Unabdingbarkeit und Verzichtbarkeit

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass die gesetzliche Formulierung (in OR 1911) insofern eindeutig war, als sie den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und damit künftige Forderungen des Arbeitnehmers anbetraf: Die einem GAV zuwiderlaufende Vereinbarung ist nichtig und wird durch die entsprechende Bestimmung des GAV ersetzt. Es stellte sich nun aber – vor allem in der arbeitsrechtlichen Praxis – eine weitere Frage: Lässt sich aus der Unabdingbarkeit der GAV-Normen ebenfalls die Unverzichtbarkeit der bereits entstandenen GAV-Ansprüche ableiten? Oder anders ausgedrückt: Will das Gesetz mit Art 323 OR nur eine dem GAV widersprechende Vereinbarung verunmöglichen, soweit diese erst in Zukunft fällig werdende Forderungen betrifft, oder will es auch jene Abmachungen entkräften, die bereits entstandene GAV-Ansprüche ganz oder teilweise aufheben? Will diese Vorschrift auch den Verzicht des Arbeitnehmers auf solche Forderungen als ungültig erklären?

Tatsächlich waren nach dem Inkrafttreten des Gesetzes die Antworten auf diese Frage kontrovers. So vertrat beispielsweise Boos in seinem damals häufig zitierten Werk "Der GAV nach schweizerischem Recht" die Ansicht, dass sich die Rechtsvorschrift von Art 323 OR auf widersprechende Abmachungen zur Begründung später fällig werdender Forderungen erstrecke, nicht jedoch auf bereits entstandene Ansprüche²³⁾. Allerdings darf auch festgestellt werden, dass Boos selbst diese Schlussfolgerung nicht zufriedenstellend fand. Er gab zu bedenken: "Die Autorität des GAV wird jedoch dadurch in der Wurzel bedroht."²⁴⁾ Wenn er jedoch trotzdem auf der von ihm selbst als ungenügend erkannten Meinung beharrte, so erklärt sich das wohl auf Grund des Einflusses von seiten der damaligen deutschen Lehre und Praxis. So hat namentlich das Reichs-Arbeits-

23) Boos, S. 276 ff, insbesondere S. 281.

24) Boos, S. 281.

reicht bis zum Jahre 1933²⁵⁾ konstant die Ansicht vertreten, dass das Tarifrecht nur die Entstehung eines tarifgemässen Anspruchs, nicht aber dessen tatsächliche Durchführung und Erfüllung sichere²⁶⁾. Hueck stellt hierzu allerdings fest, dass das Festhalten an dieser Ansicht faktisch korrigiert wurde, indem man häufig den – an sich zulässigen – Verzicht (besser Erlass) infolge Willensmängeln auf seiten des Arbeitnehmers als ungültig erklärte, insbesondere dann, wenn sich der Arbeitnehmer in einer gewissen Zwangssituation fühlte²⁷⁾. Es war namentlich auch Hueck, der sich bereits 1924 gegen die Zulässigkeit des Verzichtes auf tarifliche Ansprüche wandte²⁸⁾.

Was die Auffassung in der Schweiz anbetraf, kann festgehalten werden, dass diese Lehre²⁹⁾ und Rechtsprechung³⁰⁾ seit Inkrafttreten des OR von 1911 mit wenigen Ausnahmen³¹⁾ durchwegs die Meinung vertreten haben, dass ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht auf (eventuelle) Ansprüche verzichten könne, die sich aus zwingenden, normativen Bestimmungen eines GAV ergeben haben. So hat beispielsweise das Gewerbegericht der Stadt Bern 1917 und in späteren Urteilen ausdrück-

-
-) Durch § 72 des nationalsozialistischen "Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)" wurden die Tarifverträge auf den 30. April 1933 ausser Kraft gesetzt; zum Teil galten sie allerdings als "Tarifordnungen" weiter.
 -) Vgl. hierzu die bei Hueck/Nipperdey, Band II, S. 616, Anm. 2 angegebenen Entscheide RAG 24, 93 und 25, 137.
 -) Hueck/Nipperdey, Bd. II, S. 616 und die dort in Anm. 3 zitierten Entscheide.
 -) Hueck, Beiträge zum Tarifrecht, 1924.
 -) Becker, N 22 zu Art 322 und 323 aOR; Fick, S. 579; Oser/Schönenberger, N 16 zu Art 323 OR und Schweingruber, ZBJV 68 (1932), S. 207 ff.
 -) Siehe dazu das Urteil des Gew.G. Bern in SJZ 18, S. 91 ff: "... Daraus folgt, dass wohl de facto, aber nie de iure auf die tarifmässige Entlohnung verzichtet werden kann." In diesem Sinn auch die Entscheide des Gew.G. Bern in JB 1931, Nr. 12 und JB 1934, Nr. 7.
 -) Als Ausnahme kann das Urteil des Gew.G. Bern in SJZ 20, S. 358 gelten: Hier folgt das Gericht noch der Auffassung von Boos, indem es den Verzicht als zulässig erklärt, jedoch die Möglichkeit einer Bereicherungsklage anerkennt.

lich entschieden, dass der mit einer Saldoquittung ausgesprochene Verzicht auf unabdingbare Forderungen aus einem GAV den Bestimmungen von Art 323 OR (1911) widerspreche und deshalb ungültig sei. Eine andere Meinung würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen: Man könnte die Bestimmungen des GAV unangetastet in den einzelnen Arbeitsvertrag übernehmen, sie aber später durch Verzicht auf den entsprechenden Anspruch praktisch ausser Kraft setzen. Auf diesem Wege würde man den illoyalen Arbeitgeber geradezu ermuntern, einen Arbeitnehmer in schwacher Position unter Druck zu setzen und ihn zum Verzicht auf seine fälligen Forderungen zu veranlassen³²⁾.

Interessant scheint uns in diesem Zusammenhang ein Hinweis auf die ältere Rechtsprechung des Gewerbegerichts Zürich zu Art 335 OR (1911). Diese Bestimmung, die etwa dem heutigen Art 324a OR (Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung) entspricht, wurde seit je als "unabdingbar" anerkannt. Im Unterschied zu den normativen Bestimmungen eines GAV, wo ein Verzicht ausgeschlossen wurde, vertrat das Zürcher Gericht jedoch die Auffassung, dass die Anwendung von Art 335 OR (1911) im Einzelarbeitsvertrag zwar nicht zum vornherein wegbedungen werden könne, dass jedoch ein nachträglicher Verzicht auf Ansprüche aus dieser Bestimmung möglich sei³³⁾.

32) Gew.G. Bern, JB 1917, Nr. 21 und spätere Entscheide; siehe dazu Schweingruber, ZBJV 68 (1932), S. 209.

33) Gew.G. Zürich, JB 1931, Nr. 3 in SJZ 30, S. 351 sowie das Urteil des selben Gerichts in ZR 47, Nr. 144.

§ 6 DIE REVISION VON ART 323 OR IM JAHRE 1956

I. Die Revision des GAV-Rechts von 1956

Schon bald nach dem Inkrafttreten des revidierten OR von 1911, das in seinem Zehnten Titel (der Dienstvertrag) erstmals das kollektive Arbeitsrecht geregelt hat, zeigte es sich, dass die gesetzliche Ordnung durch die beiden Artikel 322 und 323 OR zu rudimentär ausgefallen war. Aus Gründen der Rechtssicherheit und einer Verbesserung der Durchsetzbarkeit der GAV-Normen drängte sich ein Ausbau des GAV-Rechts auf¹⁾. Allerdings nahmen die Revisionsarbeiten einen sehr langwierigen und umständlichen Verlauf. In der Volksabstimmung vom 21. März 1920 wurde ein von den eidgenössischen Räten ohne Gegenstimme genehmigtes "Bundesgesetz über die Ordnung des Arbeitsverhältnisses" verworfen²⁾. Der Ruf nach Revision blieb jedoch bestehen. Besonders dringlich wurde die Einführung des Institutes der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Gesamtarbeitsverträgen gefordert³⁾. Es fand 1922 und in den folgenden Jahren zunächst Eingang in die Spezialgesetzgebung⁴⁾. Im Jahre 1943 erzielte das Parlament dem Bundesrat den Auftrag, eine Vorlage auszuarbeiten, welche die AVE in die ordentliche Gesetzgebung überführen sollte. 1949 wurde eine Expertenkommission bestellt. Es zeigte sich in der Folge,

-
-) Vgl. Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 3; - Es ist im Rahmen unserer Arbeit bemerkenswert, dass in dieser Studie namentlich auch die Regelung des Problems der Verzichtbarkeit auf Ansprüche aus GAV-Normen verlangt wird.
 -) Siehe dazu ausführlich Buser, "Das Bundesgesetz über die Ordnung des Arbeitsverhältnisses - Versuch einer eidgenössischen Arbeitsgesetzgebung in der Nachkriegszeit 1919/20", Diss. Bern, 1962.
 -) Zur Entwicklungsgeschichte des Institutes der AVE im schweizerischen Recht von 1905 bis 1956 siehe Schweingruber/Bigler, S. 81 ff.
 -) Z.B. im Bundesbeschluss vom 13. Oktober 1922 betreffend die staatliche Hilfeleistung für die schweizerische Stickerei-Industrie.

dass die privatrechtliche Ausgestaltung der AVE die Revision des allgemeinen GAV-Rechts unumgänglich machte⁵⁾.

Allerdings wurde von den eidgenössischen Räten im Verlauf der Beratungen die ursprüngliche Konzeption verworfen, wonach GAV und AVE – ausserhalb des OR – in ein und demselben Gesetz geregelt werden sollten. Die Bestimmungen über die AVE wurden 1956 für sich allein in einem separaten Bundesgesetz zusammengefasst⁶⁾. Aber in dessen Schlussbestimmungen (Art 19) hat man die Revision des GAV-Rechts untergebracht, indem die beiden Art 322 und 323 OR (1911) durch sieben neue Artikel (Art 322 - 323 quater OR) ersetzt wurden. Dabei blieb es bis 1971.

Im Rahmen unserer Arbeit ist vor allem der neue Art 323 OR und speziell dessen dritter Absatz von Bedeutung.

II. Der revidierte Art 323 OR (1956) im einzelnen

Der revidierte Artikel 323 OR (1956) lautete wie folgt:

1) "Die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Dienstverhältnisse gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, wenn der Gesamtarbeitsvertrag nicht etwas anderes bestimmt."

2) "Abreden zwischen den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen verstossen, sind nichtig und werden durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt; doch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden."

5) Schweingruber/Bigler, S. 84; Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 2 f; Sten. Bulletin NR, 1956, S. 116; Botschaft 1967, S. 4.

6) Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG). – Aus politischen Gründen wurde im Titel dieses BG die Revision des ("gewöhnlichen") GAV-Rechts absichtlich unterdrückt. Siehe dazu Schweingruber/Bigler, S. 32 f.

) "Die beteiligten Arbeitnehmer können auf ihre Ansprüche aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages während der Dauer des Dienstverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten."

Materiell brachten die revidierten Absätze 1 und 2 gegenüber dem früheren Art 323 OR (1911) keine Neuerungen, sondern lediglich einige Präzisierungen. Die Notwendigkeit bzw. die Nützlichkeit dieser Präzisierungen wurde allerdings in den eidgenössischen Räten in Frage gestellt⁷⁾, doch fand sich schliesslich eine Mehrheit, die sich für die neue und ausführlichere Formulierung aussprach. Neu festgehalten wurde folgendes:

- Die Unabdingbarkeit bezieht sich auf die normativen Bestimmungen eines GAV ("Bestimmungen ... über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Dienstverhältnisse")
- Von der normativen Wirkung der GAV-Bestimmungen werden die am GAV "beteiligten" Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfasst. Dieser Ausdruck fand schon im alten Art 322 Abs 1 OR (1911) Verwendung. Mit der Uebernahme dieses Begriffs in Art 323 Abs 1 OR (1956) wurde der persönliche Wirkungsbereich der GAV-Normen einheitlicher und schärfer als früher (... auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten Arbeitgeber und Arbeitern ...) definiert und auch in Uebereinstimmung gebracht mit der gesetzlichen Umschreibung von Begriff, Voraussetzungen und Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung in Art. 1-5 AVEG.
- Die Unabdingbarkeit bezieht sich lediglich auf jene normativen Bestimmungen eines GAV, denen die GAV-Parteien tatsächlich eine zwingende Wirkung geben wollen. - Argumento e contrario geht daraus hervor, dass ein GAV auch normative Bestimmungen mit bloss dispositiver Wirkung enthalten kann⁸⁾.

7) Vgl. hierzu etwa die beiden Voten von Ständerat Rohner (gegen eine Neufassung) und Bundesrat Holenstein (für die erweiterte Fassung) in Sten. Bulletin StR, 1955, S. 204.

8) Zu dieser Frage siehe ausführlich Arregger, insbes. S. 23 ff.

- Anstelle der missverständlichen Umschreibung "Dienstverhältnis se sind nichtig" wird jetzt der genauere Ausdruck "Abreden" verwendet⁹⁾.
- Das Günstigkeitsprinzip wird gesetzlich verankert: Abweichungen von einem GAV zugunsten der Arbeitnehmer werden ausdrücklich als zulässig erklärt¹⁰⁾.

Wie bereits erwähnt, waren all diese Neuerungen ihrem Inhalt nach damals nicht umstritten und durch die Rechtspraxis bereits erhärtet¹¹⁾.

Neu gegenüber dem alten Art 323 OR (1911) war der dritte Absatz. Allerdings entsprach auch er insoweit der damals in der Schweiz weitaus vorherrschenden Rechtsauffassung¹²⁾, als "für die Dauer des Dienstverhältnisses" ein sachlich zwingender Zusammenhang zwischen Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit anerkannt wurde. - Eine eigentliche, materielle Neuerung war jedoch die Einführung einer Nachfrist von einem Monat, d.h. die Ausdehnung des Verzichtsverbotes um einen Monat über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus. Diese Zeitspanne nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses wird oftmals als "nachvertragliche Sperrfrist" und entsprechend in der französischen Sprache als "délai post-contractuel" bezeichnet.

Im Gesetzesentwurf von 1954 war eine derartige Nachfrist noch nicht vorgesehen. In der Botschaft (S. 162) sprach sich der Bundesrat ausdrücklich dagegen aus, ein über das Arbeitsverhältnis hinausreichendes Verzichtsverbot - nur mit Wirkung für den GAV - in das Gesetz auf-

9) Siehe S. 91, Anm. 16

10) In neuerer Zeit wird die absolute Geltung des Günstigkeitsprinzips wiederum in Frage gestellt. Siehe dazu Schweingruber/Bigler, S. 59 ff sowie den dort zitierten Aufsatz von Schweingruber in der Festgabe für Professor Fritz Marbach, 1932, S. 435, ferner Arregger, S. 35 ff.

11) Näheres zur Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis siehe bei Schweingruber, ZBJV 1932, S. 201 ff und S. 250 ff.

12) Siehe S. 92 ff. Vgl. dazu auch Botschaft 1954, S. 162.

zunehmen: "Die Vorlage sieht davon ab, die Ungültigkeit des Verzichtes auch für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses vorzuschreiben. Wollte man mit einer solchen Bestimmung den Arbeitnehmer schützen, so müsste sie nicht nur für die von einem Gesamtarbeitsvertrag erfassten Dienstverhältnisse, sondern generell gelten, weshalb sie nicht in den vorliegenden Gesetzesentwurf, sondern in den Titel über den Dienstvertrag des Obligationenrechts aufzunehmen wäre. Würde die Bestimmung lediglich im vorliegenden Gesetzesentwurf aufgestellt, so würde sie vornehmlich dem Schutze des Kollektivinteresses an der lückenlosen Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages dienen. Das Kollektivinteresse rechtfertigt jedoch die in Rede stehende Beschränkung der individuellen Freiheit nicht, und zwar auch dann nicht, wenn die Ungültigkeit des Dienstverhältnisses zeitlich begrenzt würde (z. B. auf drei Monate)."

III. Die Problematik von Art 323 Abs 3 OR (1956)

1. Zustandekommen

Die Aufnahme einer Nachfrist in das Gesetz und die Bestimmung deren Dauer waren sehr umstritten. Sie wurde beinahe zur "pièce de résistance" für das gesamte Gesetz. Eine Mehrheit im Ständerat war überhaupt gegen die Einführung einer "nachvertraglichen Sperrfrist", während der nicht verzichtet werden könne. Der Nationalrat dagegen befürwortete eine Sperrfrist von drei Monaten. Nachdem der Nationalrat im Rahmen des Differenzbereinigungsverfahrens die umstrittene Frist auf einen Monat reduziert hatte, führte der Sprecher der Kommissionsmehrheit im Ständerat folgendes dazu aus: "En tenant compte de cette situation nouvelle, du fait que la divergence ne touche pas à un point essentiel au projet et surtout du fait qu'elle est désormais la seule qui fasse obstacle à l'acceptation du projet, la majorité de votre commission a estimé que les considérations d'intérêt général qui justifient la nécessité de la loi devrait pouvoir primer les hésitations certainement légitimes mais du caractère plutôt doctrinaire qui

nous avait amenés à insister sur la suppression totale d'un délai post-contractuel."¹³⁾ Mit einer äusserst knappen Mehrheit (13 zu 12 Stimmen) lenkte der Ständerat ein und sprach sich für den Antrag der Kommissionsmehrheit, d. h. für das nachvertragliche Verzichtsverbot während der Dauer eines Monats aus¹⁴⁾. Wir haben hier ein Musterbeispiel für das, was man einen "echt schweizerischen Kompromiss" nennen könnte: Pragmatische Ueberlegungen – man wollte nicht das ganze Gesetz scheitern lassen – führten zur Ueberwindung der dogmatischen Bedenken, auf die wir unten noch näher eingehen werden. Aus politischer Sicht musste die Befristung auf einen Monat als "mittlere" Lösung zwischen einer dreimonatigen und gar keiner Nachfrist gelten.

Es darf hier noch vorweggenommen werden, dass die Diskussion über die nachvertragliche Sperrfrist bei der fünfzehn Jahre später erfolgten Uebernahme in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht (Revision von 1971) keine hohen Wellen schlug; in den eidgenössischen Räten wurde sie sogar stillschweigend genehmigt¹⁵⁾. Dies lässt sich wohl dadurch erklären, dass der entscheidende Durchbruch bereits 1956 erfolgte und dass sich das Parlament nicht nochmals auf die weitgehend gleichbleibenden Pro- und Contraargumente einlassen wollte¹⁶⁾. Aus diesem Grunde gilt vieles, was in der Folge zu Art 323 Abs 3 OR (1956) ausgesagt wird, mutatis mutandis auch in Bezug auf die Problematik von Art 341 OR (1971).

13) Sten. Bulletin StR, 1956, S. 242.

14) Was die Dauer der schliesslich vom Parlament beschlossenen Nachfrist anbetrifft, so mag ein Hinweis auf Sinzheimer interessant sein, der für das deutsche Recht bereits 1910 de lege ferenda eine vierwöchige Nachfrist (allerdings eine Anfechtungsfrist) vorgeschlagen hatte. Zit. bei Boos, S. 279, Anm. 17.

15) Siehe S. 120.

16) Neu war 1971 in materieller Hinsicht die Ausdehnung des Verzichtverbotes über den GAV hinaus und in systematischer Hinsicht die Unterbringung in einem besondern Artikel (Art 341 OR) im Ersten Abschnitt (Der Einzelarbeitsvertrag) des neuen Arbeitsvertragsrechts.

2. Die rechts-politischen Bedenken

Wie bereits in den einleitenden Kapiteln ausgeführt wurde, kann man mit rechtlich verbindlicher Wirkung auf Forderungen aus Vertrag – auch auf solche aus Arbeitsvertrag – nicht einseitig verzichten; die Forderungen können nur durch übereinstimmende, gegenseitige Willensäußerungen, d.h. wiederum nur vertraglich aufgehoben werden. Derartige Vereinbarungen bezeichnet man als Erlassverträge oder (wenn die besonderen Verhältnisse gegeben sind) als negative Schuldanererkennungsverträge. Demzufolge stellte Art 323 Abs 3 OR (1956) nicht ein "Verzichtsverbot", sondern eigentlich ein Erlassverbot auf und bewirkte damit eine – wenn auch zeitlich begrenzte – Einschränkung der Vertragsfreiheit. Unabhängig vom ideologischen Standpunkt, den man einnehmen mag, und unabhängig von der Erkenntnis, dass die Einschränkung der Vertragsfreiheit ein häufiges, beinahe typisches Kennzeichen der Entwicklungsgeschichte des Arbeitsrechts darstelle, musste dieser Feststellung¹⁷⁾ die notwendige Beachtung geschenkt werden; denn wie für das gesamte Obligationenrecht gilt auch für das Recht des Arbeitsvertrages nach wie vor der Grundsatz der Vertragsfreiheit. In einer rechtspolitischen Interessenabwägung hat der Gesetzgeber hier im konkreten Fall des "Verzichtsverbotes" die Schutzbedürftigkeit des abhängigen Arbeitnehmers¹⁸⁾ als vorrangig anerkannt und eine Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit zugelassen.

3. Die rechts-systematischen Bedenken

Anlässlich der GAV-Revision von 1956 wurde von einigen Gegnern der gesetzlichen Einführung einer 30-tätigen Nachfrist, während der auf Ansprüche, beruhend auf unabdingbaren Bestimmungen eines GAV, nicht

17) Siehe Sten. Bulletin NR, 1956, S. 239.

18) Siehe dazu die Ausführungen auf S. 82 ff.

verzichtet werden könne, ein Einwand erhoben, der in den Augen der Befürworter bloss als taktisches Argument erscheinen mochte. Es wurde geltend gemacht, dass – wenn überhaupt eine solche Bestimmung notwendig sei – diese in den allgemeinen Teil des Arbeitsvertragsrechts aufgenommen werden müsse. Es gehe nicht an, dass das Verbandsrecht, in der Gestalt normativer GAV-Bestimmungen, stärker wirken sollte, als die zwingenden Bestimmungen des Gesetzes¹⁹⁾. Dieses Argument konnte zwar damals die Einführung der neuen Regelung in das GAV-Recht nicht verhindern, es ist aber sachlich durchaus ernst zu nehmen. Wir werden im folgenden Kapitel darauf zurückkommen.

4. Die Bedenken praktischer Natur

Beinahe von allen Gegnern der Gesetzesbestimmung von Art 323 Abs 3 OR (1956) wurden Bedenken im Hinblick auf die praktischen Auswirkungen einer "nachvertraglichen Unverzichtbarkeit" vorgebracht²⁰⁾. Diese Einwände lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen:

a) Das Bewusstsein, eine Schlussabrechnung mit dem Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei (gestützt auf Art 323 Abs 3 OR) ohnehin unverbindlich, könne den Arbeitnehmer dazu veranlassen, sich

19) Vgl. hierzu das Votum von Nationalrat Hackhofer: "Wenn man schon gewissen zwingenden Bestimmungen über den Dienstvertrag eine Wirkung geben will, die über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus gehen soll, darf das nicht nur für die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages geschehen, sondern dann muss dieser Grundsatz allgemein ins Dienstvertragsrecht aufgenommen werden." Sten. Bulletin NR, 1956, S. 238; – In gleichem Sinn auch Ständerat Antognini, Sten. Bulletin StR, 1956, S. 186 und Bundesrat Holenstein im Nationalrat, Sten. Bulletin NR, 1956, S. 239. Siehe dazu auch Zitat aus Botschaft 1954, vorne S. 98 f.

20) Vgl. hierzu die verschiedenen Voten in den eidgenössischen Räten: Sten. Bulletin NR, 1956, S. 238 ff und Sten. Bulletin StR, 1956, S. 187 f und S. 242.

bei der Abrechnung sorglos und leichtfertig zu verhalten. Er würde sich nur wenig Gedanken über seine Forderungen machen, insbesondere würde er es in vielen Fällen unterlassen, rechtzeitig bei den zuständigen Stellen - z.B. bei Gewerkschaftsvertretern - Erkundigungen über seine Ansprüche einzuholen. Es bestehe so die Gefahr, dass die Geltendmachung von Ansprüche vorerst verschleppt und schliesslich vor Gericht auf Beweisschwierigkeiten stossen würden oder dass sich der Arbeitnehmer dann die berechnigte Einrede der Verwirkung²¹⁾ entgegenhalten lassen müsste. Des weiteren könnten die Forderungen dann mit dem Zeitablauf auch aus Vergesslichkeit "untergehen".

b) Es bestünde die Gefahr, dass das Verbot von Art 323 Abs 3 OR (1956) den Arbeitgeber im Falle von Differenzen mit dem Arbeitnehmer bei der Schlussabrechnung dazu veranlassen könne, zur Sicherung der bestrittenen Ansprüche an sich unbestrittene Leistungen bis zu jenem Zeitpunkt zurückzuhalten, da nach Ablauf der Sperrfrist eine nicht mehr anfechtbare Auseinandersetzung möglich sein würde.

c) Eine Nachfrist lasse einen sonderbaren und unerwünschten Schwebezustand der Unsicherheit entstehen, während dessen Dauer eine endgültige, rechtlich verbindliche Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht möglich wäre. Das übliche Vorgehen, bei Streitigkeiten nach einer raschen Verständigung oder nach einem Vergleich zu suchen - eventuell mit Hilfe Dritter (z.B. Gewerkschaftsfunktionäre, Arbeiterkommissionen, paritätische Kommissionen, Einigungsämter etc.) - sei nun für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen, da der Arbeitgeber befürchten müsse, eine Einigung werde unter Berufung auf das Verzichtsverbot nachträglich ungültig erklärt. Eine derartige Gefahr bestünde namentlich dann, wenn ein Vergleich geschlossen würde, bei dem beide Parteien durch teilweises Nachgeben eine Verständigung erreichen möchten.

21) Näheres zur Frage der Verwirkung siehe S. 185 ff.

Nicht alle oben aufgezählten Bedenken, die mögliche Nachteile für die Arbeitnehmer geltend machen, können denselben Grad an Stichhaltigkeit für sich in Anspruch nehmen. Sie dürfen aber auch nicht einfach in globo als Spitzfindigkeiten übergangen werden. So ist bemerkenswert, dass die Vertreter des Bundesrates in der Gesetzesdebatte darauf hingewiesen hat, es seien insbesondere die zu erwartenden Schwierigkeiten praktischer Art gewesen, die den Bundesrat veranlasst hätten, keine nachvertragliche Sperrfrist in die Vorlage aufzunehmen²²⁾.

Im Sinne einer Präzisierung muss hier allerdings noch beigefügt werden, dass damals im Parlament noch nicht eine einmonatige, sondern eine dreimonatige Sperrfrist zur Diskussion stand. Diese war, nachdem der Entwurf des Bundesrates überhaupt keine Nachfrist vorgesehen hatte, erst vom Nationalrat auf Antrag seiner Kommission mit 79 zu 60 Stimmen aufgenommen worden. Die nunmehr auf einen Monat reduzierte Frist war, wie bereits erwähnt, das Ergebnis eines Kompromisses im Rahmen des Differenzbereinigungsverfahrens zwischen Nationalrat und Ständerat. Gerade im Hinblick auf die oben aufgeführten praktischen Bedenken scheint die Reduktion auf eine einmonatige Sperrfrist nicht nur Kompromisscharakter, sondern auch eine sachliche Rechtfertigung zu haben; Einwände wie "Schwebezustand", "Beweisschwierigkeiten" etc. verlieren angesichts der auf 30 Tage verringerten Zeitspanne an Durchschlagskraft²³⁾.

22) Bundesrat Hostenstein im Nationalrat, Sten. Bulletin NR, 1956, S. 239f.

23) Vgl. das oben S. 99 zitierte Votum des Kommissionssprechers Antognini im Ständerat, Sten. Bulletin StR, 1956, S. 242.

IV. Die Bedeutung von Art 323 Abs 3 OR (1956)

Die Bedeutung des neu in das GAV-Recht aufgenommenen Verzichtsverbotes von Art 323 Abs 3 OR (1956) kann in zwei Feststellungen zusammengefasst werden:

- Der schon früher in Judikatur und Literatur entwickelte Grundsatz, wonach im Bereich des GAV-Rechts eine logische Verknüpfung zwischen Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit einer Forderung bestehe, wurde nun ausdrücklich in einer Gesetzesvorschrift festgehalten.
- Unter Berücksichtigung der Möglichkeit, dass die Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht immer schlagartig und gleichzeitig mit dem Arbeitsverhältnis zu Ende gehe, hat der Gesetzgeber die Wirkung des Verzichtsverbots um einen Monat über die Dauer des Vertragsverhältnisses hinaus verlängert.

Insgesamt wurde damit die Wirksamkeit der unabdingbaren Bestimmungen eines GAV erheblich verstärkt. - Rückblickend können wir schliesslich aus heutiger Sicht festhalten, dass mit der Einführung von Art 323 Abs 3 OR (1956) auch der vorentscheidende Schritt zur heutigen Bestimmung von Art 341 OR gemacht wurde, die nicht nur die unabdingbaren GAV-Normen, sondern auch die zwingenden Bestimmungen des Gesetzes mit der (zeitlich beschränkten) Wirkung der Unverzichtbarkeit ausstattet.

§ 7 DIE PRIVILEGIERUNG DER GAV-NORMEN DURCH ART 323 ABS 3 OR (1956)

I. Zur Fragestellung

Bei der Darstellung der Entstehungsgeschichte von Art 323 Abs 3 OR (1956) wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Gegner diese neue Gesetzesbestimmung mit dem Argument bekämpften, das nachvertragliche Verzichtsverbot bringe eine Bevorzugung des GAV gegenüber dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht, namentlich gegenüber dessen zwingenden Bestimmungen mit sich¹⁾. Nationalrat Hackhofer fasste diese Bedenken in folgende Worte: "Nach dem Vorschlag der Kommissionsmehrheit würden die unabdingbaren Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages eine Wirkung erhalten, die über die Wirkung zwingender Vorschriften des Obligationenrechtes hinausgeht ... Man müsste sich mit Recht daran stossen, dass Verbandsrecht weiter wirken soll als eine zwingende Bestimmung des Obligationenrechtes ... Wenn man schon gewissen zwingenden Bestimmungen über den Dienstvertrag eine Wirkung geben will, die über die Dauer des Dienstverhältnisses hinausgehen soll, darf das nicht nur für Bestimmungen eines GAV geschehen, sondern dann muss dieser Grundsatz allgemein ins Dienstvertragsrecht aufgenommen werden."²⁾ – Auch wenn bei diesem Einwand taktische Ueberlegungen mitgespielt haben könnten, nämlich die Unverzichtbarkeit überhaupt zu Fall zu bringen, so blieb dennoch die rechts-politische Frage bestehen. Die Antworten darauf blieben damals sehr pragmatisch, so etwa das Votum von Ständerat Moeckli: "... Il me semble que si l'on peut améliorer les conditions de travail de certaines catégories de travailleurs, on doit le faire, quitte ensuite à prendre les dispositions permettant d'accorder les mêmes améliorations aux ouvriers et employés, qui sont au bénéfice d'un simple contrat de travail individuel."³⁾ Sicher kann dieses praktische Argument nicht einfach von der Hand gewiesen werden, doch vermag es u.E. die tatsächliche Privilegie-

1) Siehe S. 102.

2) Sten. Bulletin NR, 1956, S. 238.

3) Sten. Bulletin StR, 1956, S. 187.

zung des GAV-Rechts gegenüber dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht nicht hinreichend zu rechtfertigen. Es liegt nun nahe, die Erklärung dafür bei den bestehenden machtpolitischen Gegebenheiten zu suchen, d. h. darin, dass den Gewerkschaften die Durchsetzbarkeit der GAV-Normen näher lag als die Durchsetzbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechtes; oder gar, dass die Gewerkschaftsvertreter bewusst eine Bevorzugung der an einem GAV beteiligten Arbeitnehmer angestrebt hätten. Es kann im Rahmen unserer Arbeit nicht näher auf die hier vermuteten Hintergründe eingegangen werden; statt dessen möchten wir folgende zwei Fragen erörtern: War der Art 323 Abs 3 OR (1956) tatsächlich dazu geeignet, die Durchsetzbarkeit der normativen GAV-Bestimmungen zu verbessern? Blieben die Auswirkungen des GAV-rechtlichen Verzichtverbotes auf die Tarifparteien beschränkt?

II. Das Verichtsverbot von Art 323 Abs 3 OR (1956) im Interesse der Arbeitnehmer-Verbände

1. Die Durchsetzbarkeit der normativen Bestimmungen eines GAV

Die Durchsetzbarkeit der normativen Bestimmungen eines GAV bildet wohl aus der Sicht der beteiligten Verbände, insbesondere der Arbeitnehmer-Verbände, ein Kernproblem⁴⁾. Wenn auch bereits die gesetzlich festgelegte Unabdingbarkeit eine erhebliche Verstärkung dieser Normen mit sich brachte⁵⁾, so zeigte es sich in der Praxis immer wieder, dass nach wie vor Verletzungen von Tarifbestimmungen – in der Regel zum Nachteil

4) Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 5; – Schweingruber führt dazu folgendes aus: "Nach heutiger Auffassung können und wollen sich die Vertragsparteien nicht begnügen mit der Aufstellung eines schriftlichen GAV. Sie verpflichten sich, den GAV selber getreulich anzuwenden und dafür zu sorgen, dass sich auch ihre einzelnen Mitglieder entsprechend verhalten." Schweingruber/Bigler, S. 65.

5) Zur Wirkung der Unabdingbarkeit siehe S. 90 f.

der einzelnen Arbeitnehmer – auftraten. Wohl hatte der Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine Ansprüche beim Zivilrichter einzuklagen und durchzusetzen, in vielen Fällen, insbesondere während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, unterliess er jedoch diesen Schritt, sei es aus Furcht, Hemmungen oder Gleichgültigkeit⁶⁾. Nach damals und auch heute noch geltendem schweizerischen Recht sind die Parteien des GAV (namentlich die Gewerkschaften) nicht befugt, von sich aus die Ansprüche des Arbeitnehmers aufzunehmen und in eigenem Namen – allenfalls sogar gegen den Willen des Arbeitnehmers – beim zivilen Richter Klage einzureichen. Die Leistungsklage bezüglich des "Einzelanspruchs" verbleibt ausschliesslich beim einzelnen betroffenen Arbeitnehmer "als Träger seines selbst verdienten Lohnanspruches"⁷⁾. Diese Einschränkung der Einwirkungsmacht der Verbände gründet wesentlich auf der Respektierung der Freiheit der Einzelperson⁸⁾.

Mit der Einführung des Institutes der Vertragsgemeinschaft gemäss Art 357b OR (1956) brachte das revidierte GAV-Recht immerhin eine teilweise Verbesserung der Position der Verbände. Haben die Tarifpartner eine derartige Vertragsgemeinschaft vereinbart, so steht ihnen gemäss Art 357b Abs 1 lit. a OR (1956) gemeinsam das Recht zur Feststellungsklage gegenüber dem tarifbrüchigen Arbeitgeber zu. Die praktische Bedeutung dieser gesetzlichen Neuerung ist fraglich, denn tatsächlich sind derartige Klagen bis anhin nicht bekannt geworden. – Ganz allgemein sind Einzelstreitigkeiten vor dem staatlichen Richter betreffend Ansprüche aus einem GAV immer mehr im Verschwinden begriffen⁹⁾. Die Verbände nehmen die Durchsetzung der GAV-Normen selbst an die Hand; sie bringen die "Klagen" vor paritätische Kommissionen, Einigungs- oder Schlichtungs-

6) Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 206; Naegeli, S. 55.

7) Gysin, Gesamtarbeitsvertrag, S. 424.

8) Schweingruber/Bigler, S. 76: "Der Einzelne soll selber handeln müssen und soll nicht, unter Umständen ohne gefragt zu werden, ja gegen seinen Willen, durch die Verbände vertreten werden (wie das in den nordischen Ländern gesetzlich vorgesehen ist)." Vgl. hierzu auch Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 210 ff.

9) Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 209.

stellen, die auch für Einzelstreitigkeiten zuständig sind und deren Verfügungen sich die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zufolge ihrer Verbandszugehörigkeit zu unterwerfen haben¹⁰⁾. In der Praxis allerdings noch bedeutsamer sind die verbands-administrativen Einwirkungsmöglichkeiten der GAV-Parteien¹¹⁾, die bei Bedarf "eskalierend" eingesetzt werden können¹²⁾: Für eine erste "nicht akute" Phase ist die präventive Wirkung von Kontrollorganen und Kontrollmassnahmen von Bedeutung. Tritt dann jedoch der Fall einer GAV-Verletzung ein, so wird der Verband, dem die benachteiligte Einzelvertragspartei angehört, vorerst von seinem Interventionsrecht Gebrauch machen, d.h. er wird den GAV-Vertragspartner auf den Fall aufmerksam machen und von ihm verlangen, dass er Abhilfe schaffe. Dieser wiederum wird in Erfüllung seiner Einwirkungspflicht Druck auf sein fehlbares Mitglied ausüben (z.B. disziplinarische Massnahmen, Geldstrafen, Ausschluss aus dem Verband, boykottähnliche Massnahmen) und es auf diesem Wege, ohne eine rechtskräftige Verurteilung zur Einhaltung des GAV veranlassen. - Ferner stehen auch gemeinschaftliche Massnahmen zur Verfügung, indem die Parteien Konventionalstrafen zu Lasten der Beteiligten vereinbaren und zum direkten Anspruch der Vertragsparteien erheben können¹³⁾. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass all diese Massnahmen in der Praxis schon während der Dauer und nicht erst nach Abschluss der Arbeitsverhältnisse durchgeführt werden.

2. Das Verzichtsverbot als Mittel zur Durchsetzung der normativen GAV-Bestimmungen

Auf Grund der obigen Darlegungen wird ersichtlich, dass das Verzichtsverbot von Art 323 Abs 3 OR (1956) - so wenig wie die normative Wir-

10) Gysin, Gesamtarbeitsvertrag, S. 426; Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 6.

11) Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 209.

12) Schweingruber/Bigler, S. 66 f.

13) Gysin, Gesamtarbeitsvertrag, S. 424; Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 207; eindruckliche Beispiele siehe bei Schweingruber/Bigler, S. 68 f.

kung überhaupt – kaum eine direkte Verstärkung der Position der Arbeitnehmerverbände mit sich bringen konnte: Auf der einen Seite fehlte ihnen nach wie vor die Aktiv-Legitimation zur Durchsetzung eines Einzelanspruches in eigenem Namen, auf der anderen Seite konnten sie Sanktionen ergreifen, unabhängig davon, ob eine Forderung des einzelnen Arbeitnehmers fortbestand oder bereits durch Verzicht untergegangen war. Ohne Zweifel wirkt sich jedoch Art 323 Abs 3 OR (1956) indirekt zum Nutzen der Arbeitnehmerverbände aus, indem der Schutz ihrer Mitglieder verstärkt wurde: Da das Kollektivinteresse der Gewerkschaften an der Einhaltung des GAV nicht auf die Dauer des Einzelarbeitsverhältnisses beschränkt ist, kommt es ihnen in der Tat zustatten, dass der einzelne Arbeitnehmer auch nach Aufgabe seiner Stelle – allenfalls selbst nach Ablauf seiner Mitgliedschaft bei einem Verband – auf einen "Verzicht" zurückkommen und die korrekte und vollumfängliche Einhaltung der GAV-Bestimmungen beim zivilen Richter verlangen kann. Ähnliches gilt für jene Fälle, da auf Grund besonderer Umstände der Weg zum staatlichen Arbeitsgericht näher liegt oder sich als erfolgversprechender erweist als die Einleitung von verbandsadministrativen Massnahmen. Denn jeder nicht angefochtene Verzicht und jede nicht geahndete Missachtung des GAV ist mit einer "Beeinträchtigung des Kollektivinteresses an der Einhaltung des GAV verbunden"¹⁴⁾ und damit nicht zuletzt auch mit einer Einbusse an Prestige auf seiten der Gewerkschaften¹⁵⁾.

Schliesslich muss an dieser Stelle auch an die sog. präventive Wirkung des Verzichtsverbotes erinnert werden¹⁶⁾. Damit ist der Umstand gemeint, dass sich ein Arbeitgeber im Bewusstsein der Ungültigkeit von Saldoquittungen wohl eher davon abhalten lässt, vom Arbeitnehmer derartige Verzichtserklärungen zu verlangen. Wie Gysin schreibt, wollte der Gesetzgeber mit dem Verzichtsverbot "dem Unfug begegnen, dass

14) Naegeli, S. 66.

15) Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 206.

16) Siehe dazu S. 36.

sogar der unbestrittene Teil der Lohnforderung oftmals nicht ausbezahlt wird, bevor eine Saldoquittung unterzeichnet worden ist."¹⁷⁾

Zusammenfassend lässt sich nochmals festhalten, dass durch das Verzichtsverbot nicht nur die individuellen Ansprüche des beteiligten Arbeitnehmers besser geschützt werden, sondern dass die neue Bestimmung gleichzeitig mithilft, dem Kollektivinteresse der GAV-Parteien an der tatsächlichen Wirksamkeit der tariflichen Normen Nachachtung zu verschaffen¹⁸⁾.

III. Das Verzichtsverbot von Art 323 Abs 1 OR (1956) im Interesse der gesamten Arbeitsordnung

Im folgenden möchten wir einige Ueberlegungen festhalten, weshalb sich die Verstärkung des GAV-Rechts im allgemeinen und damit die Einführung des tariflichen Verzichtverbotes im besonderen indirekt auch im Interesse der gesamten Arbeits- und Wirtschaftsordnung rechtfertigen liess.

Zurückblickend auf seine Entstehungsgeschichte stellt sich der Gesamtarbeitsvertrag dar als Ergebnis des kollektiven Kampfes zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Man hat den Tarifvertrag in jener Zeit vor allem als "Waffenstillstands-Vereinbarung" verstanden¹⁹⁾. Entsprechend zurückhaltend oder gar negativ war denn vorerst auch die Einstellung der Arbeitgeberschaft und des liberal geprägten Staates gegenüber dem GAV²⁰⁾. Wie bereits an anderem Orte ausgeführt, muss deshalb die Aufnahme des GAV in das Gesetz von 1911 ganz allgemein und speziell das Zugeständnis der Unabdingbarkeit seiner normativen Bestimmungen als entscheidend

17) Gysin, Gesamtarbeitsvertrag, S. 431.

18) Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 15.

19) Burckhardt L., S. 49.

20) Schweingruber / Bigler, S. 13 und 15 f.

der Fortschritt gewertet werden. Der Gesetzgeber hat dabei nicht zuletzt der Tatsache Rechnung getragen, dass der GAV im Laufe der Zeit eine neue Qualität, eine umfassendere Funktion erhielt, indem er zu einem Friedens- und Ordnungselement ersten Ranges in der Wirtschaft und in der Gesellschaft überhaupt geworden ist²¹⁾. Einzelne Gesamtarbeitsverträge, die sich über ein weites Gebiet erstrecken (namentlich die Landesverträge) und eine grosse Zahl von Beteiligten erfassen, haben sich zu eigentlichen "berufsgemeinschaftlichen Ordnungen" entwickelt²²⁾. Parallel dazu setzte auch eine inhaltliche Erweiterung der GAV ein. So wurden etwa Bestimmungen aufgenommen über die berufliche Ausbildung und Fortbildung, Bestimmungen über Ferienkassen, Familienausgleichskassen, Arbeitslosenkassen und die berufliche Altersvorsorge²³⁾. In umgekehrter Betrachtung muss auch berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber erst dann in der Lage war, einen Teil seiner Kompetenzen, nämlich die normative Regelung von Arbeitsverhältnissen, in die Hände der Verbände zu legen, als Gewähr dafür bestand, dass die Regelungen in einem Gesamtarbeitsvertrag mehr waren, als nur der Ausdruck eines momentanen Kräfteverhältnisses zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberparteien. Büchi führt hierzu aus, dass der Anspruch der berufsgemeinschaftlichen Organe auf Autonomie gegenüber dem Staat – wie sie sich insbesondere bei der Festsetzung normativer, unabdingbarer Bestimmungen manifestiert – sozialphilosophisch und rechtspolitisch nicht anders begründet werden kann, als durch die gleichzeitige Verpflichtung, für eine gerechte und ausgeglichene Ordnung in ihrem Wirkungsbereich besorgt zu sein²⁴⁾. Demnach hat sich ein GAV in dem Masse, als sein Geltungsbereich erweitert wird, nicht nur an den individuellen Interessen der Beteiligten, sondern auch am kollektiven Interesse der Gemeinschaft zu orientie-

21) Nikisch, S. 34; Zanetti, WR 1951, S. 46.

22) Büchi, WR 1959, S. 54; Hug, Gesamtarbeitsvertrag, S. 122; Schwein-
gruber/Bigler, S. 26.

23) Sten. Bulletin NR, 1956, S. 132.

24) Büchi, WR 1959, S. 51.

ren²⁵⁾. Wenn nun einem GAV, der sich nach diesen Massstäben ausgerichtet hat, tatsächlich eine bedeutsame Funktion innerhalb der gesamten Gesellschaft zukommt, so muss sich eine Verstärkung des ihm zugrunde liegenden GAV-Rechts im Sinne einer grösseren Rechtssicherheit und einer verbesserten Durchsetzbarkeit folgerichtig nicht nur zu Gunsten der Verbände und der beteiligten Arbeitnehmer auswirken, sondern gleichzeitig auch zu Gunsten der gesamten Arbeitsordnung unseres Staates²⁶⁾. Abschliessend möchten wir in diesem Zusammenhang noch auf eine allgemeine Erscheinung in der Entwicklungsgeschichte des modernen Arbeitsrechtes aufmerksam machen, die sich hier anhand von Art 323 Abs 3 OR (1956) bzw. Art 341 Abs 1 OR (1971) einmal mehr bestätigt: Beinahe alle sozialen Forderungen, die später allgemein in der Gesetzgebung verwirklicht werden, finden zunächst Eingang in die Gesamtarbeitsverträge bzw. in das Recht der Gesamtarbeitsverträge²⁷⁾, das damit die Rolle eines "Schrittmachers" bei der Fortbildung des gesamten Arbeitsrechts übernimmt.

25) Schweiz. Vrg. für Sozialpolitik, WR 1950, S. 3: "Beide rechtspolitischen Ziele (die Rechtssicherheit und die Durchsetzbarkeit) liegen im Interesse der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber. Sie müssen aber auch von der Allgemeinheit angestrebt werden, weil eine Stärkung des GAV eine Festigung des Arbeitsfriedens mit sich bringt". In gleichem Sinne und mit Hinweis auf die Verfassung wird im Bericht des BIGA vom 13. August 1955 folgendes ausgeführt: "Für den Staat ist diese Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in erster Linie von Bedeutung unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsfriedens, den auch die Bundesverfassung in Art 34ter, Abs 1, lit. c, ausdrücklich namhaft macht".

26) Vgl. dazu die Aufzählung der fünf Gesichtspunkte, welche die heutige Bedeutung der GAV ausmachen bei Schweingruber/Bigler, S. 25 f.

27) Schweingruber, Entwicklungstendenzen, S. 206; Schweingruber/Bigler, S. 13.

§ 8 DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART 341 OR (1971)

I. Vorbemerkung

Seit der Gesamtrevision des Dienstvertragsrechts im Zehnten Titel des Obligationenrechts von 1911 sind verschiedene arbeitsrechtliche Bestimmungen in Spezialgesetzen aufgestellt worden – teils für besondere Arbeitsverhältnisse bestimmt, teils inhaltlich geeignet, auch allgemein im Arbeitsrecht angewendet zu werden. Daneben wurden jedoch immer wieder parlamentarische Vorstösse unternommen und Standesinitiativen eingereicht, die eine Gesamtrevision des 10. Titels OR verlangten¹⁾. Einen entscheidenden Impuls verliehen diesen Bestrebungen die Vorarbeiten zum Arbeitsgesetz von 1964²⁾, dessen erste Vorentwürfe in die 30er Jahre zurückreichen. Diese vorerst privaten und später amtlichen Entwürfe enthielten neben den Arbeitsschutznormen im engeren Sinn auch eine ganze Reihe von arbeitsvertraglichen Bestimmungen. Als sich später die Meinung durchsetzte, die Ueberarbeitung des Dienstvertragsrechts sei nicht im Rahmen des Arbeitsgesetzes, sondern zweckmässiger in einer Gesamtrevision des Zehnten Titels OR durchzuführen³⁾, wurde bereits während der Vorarbeiten zum Arbeitsgesetz und schon sieben Jahre vor dessen Inkrafttreten eine besondere Expertenkommission "für die Revision des Dienstvertragsrechts" eingesetzt.

Was die Entstehungsgeschichte von Art 341 OR, des Gegenstandes unserer Arbeit im einzelnen anbetrifft, so ist einerseits auf den vorausgehenden § 7 betreffend Art 323 Abs 3 OR (1956) zu verweisen. Andererseits scheint es uns angezeigt, im folgenden die Umwege zu beschreiben, auf denen das Verzehrsverbot in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht Eingang gefunden hat.

1) Siehe näheres dazu in Botschaft 1967, S. 13 ff.

2) Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964.

3) Siehe dazu die Botschaft 1967, S. 15 ff.

II. Die Entstehungsgeschichte von Art 341 OR im einzelnen

Am 7. November 1957 trat die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte Grosse Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechtes erstmals zu einer Sitzung zusammen. Als Arbeitsgrundlage diente ihr ein Vorentwurf des BIGA vom März 1957, der zur Hauptsache von den dienstvertraglichen Bestimmungen des dritten amtlichen Vorentwurfs von 1950 zum Arbeitsgesetz ausging⁴⁾. Die Arbeiten erstreckten sich dann über Jahre hinweg, und erst 1961 wurde in Form von Protokollen ein provisorischer Vorentwurf fertiggestellt.

Obwohl die parlamentarische Beratung des Gesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV und damit die Revision von Art 323 Abs 3 OR (1956) erst kurze Zeit zurücklagen, fehlte sowohl im erwähnten Vorentwurf des BIGA wie auch im Vorentwurf der Grossen Expertenkommission eine Bestimmung im Sinne des nachvertraglichen Verzichtverbotes.

Im Mai 1962 nahm dann die Kleine Expertenkommission ihre Arbeit auf. Sie hatte zur Aufgabe, unter Ueberprüfung der Beschlüsse der Grossen Expertenkommission und unter materieller Bereinigung der offen gebliebenen Revisionsanträge einen vollständigen Vorentwurf auszuarbeiten. Anlässlich ihrer ersten Beratung hatte sie unter anderem auch beschlossen, es solle geprüft werden, wie weit das Handelsreisenden-Gesetz (HRAG)⁵⁾ in den 10. Titel OR miteinbezogen werden könne. Diese Ueberprüfung ergab die Möglichkeit, ohne weiteres den Inhalt des HRAG in die allgemeine Revision miteinzubeziehen⁶⁾. In diesem Zusammenhang wurde dann der Vorschlag gemacht, es sei eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, die einen Verzicht des Handelsreisenden auf Ansprüche aus zwingen-

4) Siehe S. 114.

5) Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis von Handelsreisenden vom 13. Juni 1941.

6) Vgl. Protokoll der Beratungen der Kleinen Expertenkommission (3. Sitzung) vom 12./13. September 1962.

den Bestimmungen des Gesetzes während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung verbieten solle. Diese Erweiterung wurde ohne Zweifel in Anlehnung an die Bestimmung von Art 323 Abs 3 OR (1956) in Erwägung gezogen, die Begründung stützte sich jedoch vor allem auf die Bundesgerichtspraxis zu Art 19 HRAG. Dabei wurde nicht übersehen, dass das Bundesgericht die Unverzichtbarkeit lediglich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses anerkannte⁷⁾.

Innerhalb der Kleinen Kommission wurden in der Hauptsache folgende Argumente gegen ein nachwirkendes Verichtsverbot ins Feld geführt:

- Eine solche Bestimmung bedeute einen allzu grossen Einbruch in die Vertragsfreiheit; die Handlungsfreiheit des Menschen werde dadurch "ein weiteres Mal herabgewürdigt".
- Das Postulat, das die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Gesetz verlange, sei in Tat und Wahrheit nie mit Nachdruck vertreten worden.
- Eine solche Schutzbestimmung nur für die Handelsreisenden allein einzuführen, sei nicht gerechtfertigt.

Die ersten beiden Einwände vermochten in der Kleinen Kommission nicht durchzudringen, dem dritten Argument wurde jedoch Rechnung getragen. Der Wirkungsbereich der Schutzbestimmung wurde jetzt auf alle Arbeitsverhältnisse ausgedehnt⁸⁾. Beschlossen wurde folgende Formulierung:

"Der Arbeitnehmer kann auf arbeitsvertragliche Ansprüche, die sich aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesetzes oder eines GAV ergeben, wäh-

7) Vgl. hierzu die Botschaft 1967, S. 163, mit dem Hinweis auf BGE 79 II 211. Ferner sei auch auf die in § 13 aufgeführten Entscheide verwiesen (siehe S. 202, Anm. 57).

8) Auch andere Normen aus dem HRAG wurden in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht übernommen, so z.B. die Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art 321b, früher Art 5 HRAG), die Provision (Art 322b f OR, früher Art 10 f HRAG), die Auslagen des Arbeitnehmers (Art 327a OR, früher Art 13 HRAG) etc. Näheres dazu siehe in Botschaft 1967, S. 26 f.

rend der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten."

Ergänzend wurde festgehalten, dass damit Abs 3 von Art 323 OR (1956) entfallen würde.

Im Verlauf des Jahres 1963 wurde dann der von der Kleinen Expertenkommission überarbeitete Vorentwurf von der Grossen Kommission einer zweiten Lesung unterzogen. Bezüglich der hier interessierenden Bestimmung über das Verichtsverbot wurden keine Einwände mehr geltend gemacht.

Ende September 1963 lag die Schlussfassung des Vorentwurfs (VE)⁹⁾ in deutscher und französischer Sprache vor. Mit der Ueberschrift "Unverzichtbarkeit der Ansprüche des Arbeitnehmers" wurde dabei als Art 50 bis VE die oben aufgeführte Bestimmung in der Fassung der Kleinen Expertenkommission übernommen. - In dem von Prof. W. Hug ausgearbeiteten Begleitbericht zum Vorentwurf¹⁰⁾ wird zu Art 50 bis VE folgendes bemerkt: "Eine einheitliche Regelung der Unverzichtbarkeit für alle, aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages sich ergebenden Ansprüche des Arbeitnehmers, scheint geboten. Der Vorentwurf folgt dabei der aus längeren parlamentarischen Auseinandersetzungen¹¹⁾ hervorgegangenen Regel, so dass die Unverzichtbarkeit nicht nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern auch noch während eines Monats nach dessen Beendigung gilt."

Von Ende November 1964 bis Ende 1965 dauerte das verlängerte Vernehmlassungsverfahren. Insgesamt sind acht Vernehmlassungen eingegangen, die

9) Vorentwurf vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im OR.

10) Bericht zum Vorentwurf vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im OR vom 30. September 1963.

11) Gemeint waren dabei die parlamentarischen Beratungen betreffend Art 323 Abs 3 OR (1956); siehe dazu die Ausführungen auf S. 99 ff.

speziell zu Art 50 bis VE Stellung genommen haben¹²⁾. Ueberwiegend wurde diese Neuerung im Arbeitsvertragsrecht als positiv beurteilt. Allerdings wurde von Arbeitgeberseite das Bedenken vorgetragen, sie schaffe eine ernste Gefahr des Missbrauchs. – Beachtenswert ist ferner eine Stellungnahme von Arbeitnehmerseite, welche die Bedeutung und den Inhalt des vorgesehenen Artikels völlig verkannte und die Neuerung in dem irrtümlichen Glauben bekämpfte, es handle sich dabei um eine Verkürzung der bisherigen Verjährungsfrist von 5 Jahren auf einen Monat¹³⁾. Die Gefahr eines solchen Missverständnisses wurde denn auch in der Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Basel-Land erwähnt¹⁴⁾: "Die aufgestellte, unter Erweiterung ihres Geltungsbereichs aus dem Art 323 Abs 3 OR übernommene Norm bzw. der ihr zugrunde liegende Gedanke, ist richtig. Wenn aber nicht gleichzeitig die Verjährungsfristen gemäss Art 128 und 134 OR vorbehalten bleiben, kann die vorliegende Fassung zu Missverständnissen führen." Zur Erhärtung dieses Bedenkens wird dabei auf einen Entscheid des Gewerbegerichts der Stadt Bern vom 9. April 1963 hingewiesen¹⁵⁾.

Diese Anregung wurde denn auch im Entwurf vom August 1967 berücksichtigt¹⁶⁾. Ferner wurde der Wortlaut der Marginalie und des Artikels selbst geringfügig geändert. Art 341 des Entwurfs lautete nun wie folgt:

-
- 12) Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im OR vom Februar 1966, Nr. 1151 bis 1158.
 - 13) Zusammenstellung der Vernehmlassungen von 1966, Nr. 1157, Stellungnahme des Kaufmännischen Vereins.
 - 14) Zusammenstellung der Vernehmlassungen von 1966, Nr. 1152, Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Basel-Land.
 - 15) Auf diesen Entscheid wird näher eingegangen im §10, S. 156.
 - 16) Nämlich durch den ausdrücklichen Vorbehalt der Verjährungsfristen in Abs. 2; vgl. hierzu die Botschaft 1967, S. 163.

"Unverzichtbarkeit und Verjährung"

- 1) "Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten."
- 2) "Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung sind auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis anwendbar."

Auf wessen Anregung hin die Umformulierung des ersten Absatzes¹⁷⁾ vorgenommen wurde, konnte nicht mehr eruiert werden. Unseres Erachtens hat die erwähnte Aenderung mehr als nur stilistische oder sprachliche Bedeutung. Die Neuerung gegenüber der früheren Fassung ist folgende: In der Formulierung des Vorentwurfs war die Rede von den "... arbeitsvertraglichen Ansprüchen, die sich aus den unabdingbaren Bestimmungen des Gesetzes ... ergeben ..." In der Formulierung des Entwurfs bezieht sich die Unverzichtbarkeit nun auf "... Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ... ergeben ..." Der wichtige Unterschied liegt nun nicht etwa darin, dass das eine Mal von "Ansprüchen" und das andere Mal von "Forderungen" gesprochen wird, sondern in der Tatsache, dass das Adjektiv "arbeitsvertraglich" weggelassen wurde. Offenbar kann sich die neue Schutznorm nicht nur auf Forderungen beziehen, die sich aus zwingenden Forderungen des privaten Arbeitsvertragsrechts ergeben, sondern auch auf solche, die sich aus unabdingbaren Gesetzesbestimmungen ausserhalb des 10. Titels OR ergeben. Insbesondere werden dabei auch Ansprüche in Frage kommen, die sich aus dem öffentlichen Arbeitsrecht herleiten. Auf diese Frage gehen wir im folgenden § 9 ein¹⁸⁾.

17) Im Vergleich zur Fassung im Vorentwurf von 1963; siehe S. 116 f.

18) Siehe S.130.

In den parlamentarischen Kommissionen wie auch in den eidgenössischen Räten wurde der Art 341 des Entwurfes diskussionslos genehmigt. Das Referendum wurde nicht ergriffen. Zusammen mit dem gesamten revidierten Zehnten Titel OR ist Art 341 OR am 1. Januar 1972 in Kraft getreten.

§9 DIE BESTIMMUNGEN VON ART 341 ABS 1 OR IM EINZELNEN

I. Die Behandlung von Art 341 OR in der arbeitsrechtlichen Literatur und Judikatur

Bereits wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des revidierten Arbeitsvertragsrechtes besteht heute eine Fülle von kommentierenden Schriften. Sie setzen sich allerdings in ihrer Mehrzahl eher schlagwortartig als wissenschaftlich mit dem neuen Recht auseinander. Namentlich fehlen dabei eingehende Erläuterungen zu Art 341 OR. Nicht viel anders ist indessen die Situation auch bei den anspruchsvolleren Werken¹⁾. Auch dort wird kaum näher auf das neue ins Gesetz aufgenommene, nachwirkende Verzichtsverbot eingegangen. Eine Ausnahme macht dabei der Kommentar von Schweingruber, der sich intensiv mit dieser Materie auseinandersetzt²⁾. Die Tatsache, dass sich gerade der mit der Praxis stark verbundene Kommentar von Schweingruber ausführlich mit dem Verzichtsverbot und der Saldoquittung beschäftigt, war Anlass, auch in der vorliegenden Arbeit nach Möglichkeit auf die praktischen Konsequenzen der neuen Gesetzesbestimmung aufmerksam zu machen.

Auch die Judikatur zu Art 341 OR ist bis anhin verhältnismässig³⁾ spärlich ausgefallen⁴⁾. Hiefür gibt es jedoch neben der relativ kurzen Zeit-

1) z.B. Rehbinden, S. 88; Streiff, S. 164; Guhl/Merz/Kummer, S. 382.

2) Schweingruber, Kommentar, S. 314 - 321.

3) Zufällig bekannt gewordene Einzelfälle, da Arbeitgeber ohne Bedenken von ihren Arbeitnehmern beim Abschluss des Arbeitsverhältnisses weiterhin die Unterzeichnung einer Saldoquittung verlangen, bestärken uns in der Annahme, dass in der Praxis eine recht hohe "Dunkelziffer" von Verichtsvereinbarungen zu registrieren wäre, die gegen Art 341 OR verstossen.

4) Als Ausnahmen müssen hier die "Berichte des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt" (z.B. 1975 und 1976) erwähnt werden, die in unserer Arbeit häufig beigezogen wurden. Dieses Basler Gericht hat sich sehr einlässlich mit den Fragen zu Art 341 OR auseinandergesetzt.

spanne, die seit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung vergangen ist, noch eine weitere Erklärung: Es liegt weitgehend in der Natur der Sache, dass einmal vereinbarte Verzichtse – auch wenn sie von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden – dem Richter nicht mehr vorgetragen werden, da die Parteien wohl auch heute noch der Meinung sind, ihre eigene Vereinbarung sei verbindlich und nicht mehr "anfechtbar".

Schliesslich bleibt noch, mit Hinweis auf den vorausgehenden § 6 ⁵⁾, festzuhalten, dass auch die Materialien in Bezug auf das Zustandekommen des heute geltenden Art 341 OR unergiebig sind.

Das Fehlen von Judikatur und wissenschaftlicher Bearbeitung der neuen Gesetzesbestimmung wird jedoch teilweise dadurch wettgemacht, dass bereits viele der hier auftauchenden Fragen im Zusammenhang mit Art 323 Abs 3 aOR (1956) behandelt worden sind. Zu dieser Bestimmung, an deren Stelle heute Art 341 OR getreten ist, stehen einerseits eine ansehnliche Zahl von Gerichtsentscheiden und andererseits eine recht umfangreiche Kommentierung im Rahmen des GAV-Rechts zur Verfügung. Auf die Materialien zu Art 323 Abs 3 aOR (1956) wurde bereits in den vorausgehenden Kapiteln verwiesen.

II. Der Wortlaut von Art 341 Abs 1 OR

Art 341 OR befindet sich im ersten Abschnitt ("Der Einzelarbeitsvertrag") des revidierten Zehnten Titels OR ("Der Arbeitsvertrag") unter lit. H. Er ist versehen mit dem Marginale "Unverzichtbarkeit und Verjährung". Die deutsche Fassung von Absatz 1 lautet wie folgt ⁶⁾:

5) Siehe S. 101.

6) Französische und italienische Fassung:

H. Impossibilité de renoncer et prescription

Art. 341 1. Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

"Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten."

Im Folgenden soll nun näher auf den Inhalt, d.h. auf die einzelnen Komponenten dieser Gesetzesbestimmung eingegangen werden.

III. Zum Begriff der "Unverzichtbarkeit"

Der Begriff "Unverzichtbarkeit" wird im Randtitel verwendet. Im Text selbst findet sich folgende Umschreibung: "... der Arbeitnehmer ... kann ... nicht verzichten".

Im Gesetz ist also die Rede von einem Verzicht. Bereits im einleitenden § 1 wurde im Zusammenhang mit der Saldoquittung darauf hingewiesen, dass der Begriff "Verzicht" im juristisch-technischen Sinne hier fehl am Platze sei. Gemäss der allgemein anerkannten Lehre können Forderungen aus einem Vertrag nicht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Verzicht im eigentlichen Sinne darstellt, aufgehoben werden. Wie zur Begründung bedarf es auch zur Aufhebung einer Forderung eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes, das allgemein als Erlassvertrag bezeichnet wird. Vom streng dogmatischen Standpunkt aus mag diese Ungenauigkeit im Gesetzestext etwas störend wirken. Der Formulierung des Gesetzes ist jedoch zugute zu halten, dass sie leichter verständlich ist und dass sie sich an den allgemeinen Sprachgebrauch hält, wonach jede Aufgabe eines Rechts, einer Forderung, eines Anspruchs, einer Befugnis, ungeachtet der "rechtlichen Mechanik", als Verzicht bezeichnet wird. Dies entspricht übrigens dem spezifischen Charakter der

H. Irrinunciabilità e prescrizione

Art. 341 1. Durante il rapporto di lavoro e nel mese successivo alla sua fine, il lavoratore non può rinunciare ai crediti risultanti da disposizioni imperative della legge o di un contratto collettivo.

schweizerischen Zivilrechts-Kodifikation, die ganz allgemein nicht in eine wissenschaftliche Sprache gefasst ist, sondern nach allseits verständlichen, volksnahen und kurzen Formulierungen sucht⁷⁾.

Es bleibt noch auf eine zweite Unschärfe im Text des Gesetzes hinzuweisen, die nach einer gewissen Ergänzung verlangt: Gemeint ist hier die Formulierung "... der Arbeitnehmer ... kann nicht ... verzichten".

In Anlehnung an Schweingruber ist zu bemerken, dass die Beifügung des Adjektivs "rechtsgültig" den Sachverhalt deutlicher erkennbar machen würde⁸⁾. Ein faktischer Verzicht bleibt nach wie vor während der Dauer und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jederzeit möglich, der Arbeitnehmer kann nicht gezwungen werden, seine Ansprüche durchzusetzen. Insbesondere kann auch kein Dritter, z.B. eine Gewerkschaft, seine Forderung aufnehmen und ohne seine Einwilligung beim Richter geltend machen. In diesem Lichte müssen denn auch die Bedenken, die mit Art 341 OR verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit bedeute eine "Herabwürdigung des arbeitenden Menschen"⁹⁾, wesentlich an Gewicht verlieren.

Wollte man der hier angeführten Kritik an der gesetzlichen Formulierung Rechnung tragen, liesse sich die Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR etwa wie folgt präziser fassen: "Vereinbarungen, die ohne Gegenleistung eine Aufhebung der Forderungen des Arbeitnehmers ... bewirken

7) Tuor/Schnyder, S. 10 ff, Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 187 zu Art 1 ZGB. - Es kann hier darauf hingewiesen werden, dass auch in den Kommentaren zu § 4 Abs 4 des deutschen Tarifvertragsgesetzes (Verzichtsverbot betreffend Forderungen aus Tarifvertrag; näheres dazu siehe S. 190) ausdrücklich festgehalten wird, dass in iuristisch genauem Sinne nicht ein Verzicht sondern ein Erlassvertrag verboten werde; Forderungen könnten nicht durch einseitige Erklärung sondern nur durch zweiseitige Vereinbarung aufgehoben werden. Z.B. Hueck/Nipperdey, Band II, S. 621.

8) Schweingruber, Gewerkschaftliche Rundschau 1972, S. 154.

9) Siehe hierzu das in der Kleinen Expertenkommission vorgetragene Argument, das bereits oben auf S. 116 zitiert worden ist.

sollen, sind ... ungültig¹⁰⁾". Dieser Versuch zeigt deutlich, wie schwerfällig und kompliziert eine juristisch korrekte Umschreibung des Sachverhalts lauten würde; die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung ist deshalb zweckmässiger.

IV. Die "unverzichtbaren" Forderungen¹¹⁾

Das Gesetz erwähnt sodann in Art 341 Abs 1 OR zwei Kategorien von Forderungen, auf die der Arbeitnehmer nicht gültig verzichten kann:

- "Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ... oder";
- (Forderungen, die sich)" aus ... unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben".

1. Abschnitt:

Die Forderungen aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes

1. Allgemeines

Es soll im Folgenden untersucht werden, welches die unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes sind, aus denen sich die unverzichtbaren Forderungen des Arbeitnehmers ergeben.

a) Die zwingenden Vorschriften des Zehnten Titels OR

Art 341 OR steht im Ersten Abschnitt (Der Einzelarbeitsvertrag) des Zehnten Titels OR und ist somit aus Gründen der Gesetzessystematik

10) Hier wird allerdings noch der juristisch ungenaue Begriff "ungültig" verwendet. Auf die Frage nach der Natur dieser "Ungültigkeit" wird später eingegangen. Siehe S. 159 ff. § 12.

11) Der materielle Geltungsbereich von Art 341 Abs 1 OR.

primär auf die zwingenden Gesetzesbestimmungen dieses Abschnittes (Art 319 - 340 OR) anwendbar. Auf Grund von Art 355 OR ("Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften") sind jedoch die allgemeinen Vorschriften über den Einzelarbeitsvertrag ergänzend auch auf die besondern Einzelarbeitsverträge anwendbar, die im Zweiten Abschnitt geregelt werden, also auf den Lehrvertrag (Art 344 - 346 OR), den Handelsreisendenvertrag (Art 347 - 350a OR) und den Heimarbeitsvertrag (Art 351 - 354 OR). In einem ersten Schritt können wir somit festhalten, dass sich das Verzichtsverbot auf den Ersten und Zweiten Abschnitt des Zehnten Titels OR bezieht¹²⁾. In negativer Abgrenzung will das heissen, dass Forderungen aus Schuldverhältnissen die ausserhalb des Zehnten Titels OR geregelt werden, wie beispielsweise Forderungen aus Kauf, Miete, Darlehen etc., von Art 341 OR nicht erfasst werden. Dies gilt auch dann, wenn derartige Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossen worden sind. - Die nähere Betrachtung des Wortlauts von Art 341 Abs 1 OR und insbesondere von Abs 2 OR bestätigt diesen Sachverhalt: Verboten wird der Verzicht des "Arbeitnehmers" während der Dauer des "Arbeitsverhältnisses" und eines Monats nach dessen Beendigung; auf Forderungen aus dem "Arbeitsverhältnis" sind die allgemeinen Verjährungsvorschriften anwendbar. Aus dieser deutlichen Formulierung müssen wir folgern, dass das Gesetz das Verzichtsverbot auf zwingende Bestimmungen aus dem Arbeitsverhältnis beschränken will¹³⁾.

-
- 12) Der Dritte und Vierte Abschnitt des Zehnten Titels OR fallen in diesem Zusammenhang ausser Betracht. Zur Wirkung von Art 341 OR auf die unabdingbaren Forderungen aus einem Gesamtarbeitsvertrag siehe S. 142 ff.
- 13) Ergänzend ist hier auf den Sondertatbestand eines Arbeitsverhältnisses hinzuweisen, das auf einem nachträglich als ungültig erkannten Vertrag beruht. Art 320 Abs 3 OR erklärt, dass in einem solchen Falle bis zur Entdeckung des Mangels dieselben Rechtsfolgen eintreten wie bei einem gültigen Arbeitsvertrag. Diese Regelung schützt den guten Glauben der Parteien und beseitigt die Schwierigkeiten, welche die Anwendung der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung mit sich bringen würde (siehe dazu die Botschaft 1967, S. 58). Sind nun gemäss Art 320 Abs 3 OR Forderungen aus zwingenden Vorschriften des Zehnten Titels OR entstanden, so werden auch diese von Art 341 OR geschützt.

Nach dieser ersten Abgrenzung, die zeigt, dass lediglich Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis besonders geschützt werden, ist bei der zweiten Abgrenzung darauf hinzuweisen, dass von Art 341 Abs 1 OR lediglich jene Forderungen als unverzichtbar erklärt werden, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, also nicht auch jene Forderungen, die "nur" auf freier Parteivereinbarung oder auf einer dispositiven Gesetzesbestimmung beruhen.

Welches sind nun diese "unabdingbaren" Vorschriften des Zehnten Titels OR? Noch vor wenigen Jahren wäre eine Aufzählung der zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts mit einigen Schwierigkeiten und Zweifeln verbunden gewesen. Zur Illustration sei auf einen - zeitlich etwas zurückliegenden - Entscheid des Gewerbegerichts Zürich vom 7. Juli 1947¹⁴⁾ verwiesen, in welchem weitausholend begründet werden musste, weshalb Art 335 aOR (1911) (Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung¹⁵⁾) als zwingende Bestimmung des Gesetzes zu gelten habe. Allgemein zu diesem Problem führt Schweingruber in seinem Kommentar von 1969 zum Dienstvertragsrecht aus: "Leider lässt der Wortlaut öfters keinen sicheren Schluss zu, so dass wir nach dem Sinn und der Bedeutung der Bestimmung forschen und gestützt darauf ermitteln müssen, ob sie zwingend oder nicht zwingend aufgefasst sein will¹⁶⁾". - Bei der Revision von 1971 hat der Gesetzgeber nun eine Technik übernommen, die früher bereits im Rahmen der Spezialgesetzgebung¹⁷⁾ Anwendung gefunden hatte. Nunmehr werden im letzten Abschnitt des Zehnten Titels OR abschliessend jene Bestimmungen aufgezählt, die zwingenden Charakter haben. "Aus Gründen der Rechtssicherheit"¹⁸⁾ ging man jedoch noch weiter: Es wird bei der Aufzählung unterschieden zwischen absolut

14) ZR 47 No. 144, S. 350 f.

15) Entsprechend dem heutigen Art 324a OR.

16) Schweingruber, Kommentar zum Dienstvertrag (1960), S. 10 f.

17) z.B. beim BG über das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden vom 13. Juni 1941 in Art 19.

18) Vgl. Botschaft, 1967, S. 49 ff.

und relativ zwingenden Vorschriften¹⁹⁾. Die ersteren dürfen weder zu Ungunsten des Arbeitnehmers noch des Arbeitgebers ausgeschlossen oder abgeändert werden (siehe Katalog von Art 361 OR)²⁰⁾. Die letzteren dürfen nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers (aber zu Ungunsten des Arbeitgebers) ausgeschlossen oder abgeändert werden (siehe Katalog von Art 362 OR). Dank dieser neuen Gesetzestechnik können wir hier nun auf eine Aufzählung der einzelnen zwingenden Normen verzichten und vorweg festhalten, dass sich Art 341 Abs 1 OR ohne Zweifel auf alle in den Art 361 und 362 OR aufgezählten Vorschriften bezieht, soweit sich aus ihnen Forderungen des Arbeitnehmers ableiten lassen.

b) Die zwingenden Vorschriften in der arbeitsvertraglichen
Spezialgesetzgebung

Vor dem Inkrafttreten des neuen Zehnten Titels OR fanden sich Sondervorschriften über einzelne Arten von Arbeitsverträgen in einer Reihe von Spezialgesetzen, so beispielsweise im Fabrikgesetz²¹⁾, im Handelsreisendengesetz²²⁾, im Heimarbeitsgesetz²³⁾ etc. Da nun mit der Revision von 1971 eine möglichst umfassende und systematisch aufgebaute Ordnung des gesamten Arbeitsvertragsrechts angestrebt wurde²⁴⁾, hat man einen Grossteil der spezialgesetzlichen Bestimmungen in den Zehnten Titel OR übernommen. Zum einen Teil wurde ihr Anwendungsbereich

-
- 19) Eine derartige Unterscheidung findet sich bereits bei den arbeitsrechtlichen Vorschriften im BG über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge vom 23. September 1953 in Art 162 Abs 1 und 2.
- 20) Betreffend gewisse Vorbehalte gegenüber dem Katalog von Art 361 OR siehe Schweingruber, Kommentar, S. 403 f sowie Hans Daxelhuber, Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art 361 OR), Diss., Bern 1976.
- 21) Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 über die Arbeit in den Fabriken.
- 22) Bundesgesetz vom 13. Juni 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden.
- 23) Bundesgesetz vom 12. Dezember 1940 über die Heimarbeit.
- 24) Siehe Botschaft 1967, S. 21.

auf alle Arbeitsverhältnisse ausgedehnt²⁵⁾, zum anderen Teil sind sie heute im Zweiten Abschnitt "Besondere Einzelarbeitsverträge"²⁶⁾ untergebracht.

In einem Spezialgesetz, nämlich im Seeschiffahrtsgesetz (SSchG)²⁷⁾ verblieben sind jedoch nach wie vor die Bestimmungen über den Heuervertrag für Seeleute an Bord von schweizerischen Seeschiffen²⁸⁾. Der einleitende Art 68 Abs 2 SSchG enthält eine Generalklausel, wonach für den Heuervertrag das Obligationenrecht zur Anwendung kommt, soweit nicht das Spezialgesetz etwas anderes vorschreibt. Somit wird auch der Zehnte Titel OR anwendbar, wozu namentlich der uns hier interessierende Art 341 OR gehört. Dies hat wiederum zur Folge, dass sich damit das Verzichtsverbot auf sämtliche Bestimmungen erstreckt, welche das Arbeitsverhältnis der Seeleute auf schweizerischen Seeschiffen regeln. Neben den ergänzend beizuziehenden zwingenden Vorschriften des Zehnten Titels OR sind dies die zwingenden Bestimmungen des Heuervertrags selbst. Welche Bestimmungen des Heuervertrags mit zwingender Wirkung ausgestattet sind ergibt sich aus dem Katalog von Art 162 Abs 1 und 2 lit a SSchG²⁹⁾³⁰⁾.

25) So sind beispielsweise die Sondervorschriften über die Auszahlung des Lohnes von Art 25 Abs 1 des Fabrikgesetzes in den Art 323, 323a und 323b OR und die Bestimmungen über die Rückgabepflicht von Art 18 Abs 1 und 2 des Handelsreisendengesetzes im Art 339a OR aufgegangen. Weitere Beispiele siehe in Botschaft 1967, S. 24 f.

26) So die Bestimmungen über den Lehrvertrag (Art 344-346a OR), den Handelsreisendenvertrag (Art 347-350a OR) und die Bestimmungen über den Heimarbeitsvertrag (Art 351-354 OR).

27) Siehe S. 128, Anm. 19.

28) Seeschiffahrtsgesetz, Zweiter Abschnitt: Der Heuervertrag (Art 68 ff).

29) Art. 162: "1. Durch Vertragsabrede dürfen nicht geändert werden die Vorschriften der Artikel 68 Absatz 1, 76, 91 Absatz 1, 96 Absatz 1 und 118 Absatz 2.

2. Durch Vertragsabrede dürfen nicht geändert werden:

a. zuungunsten des Seemanns die Vorschriften der Artikel 69, 70, 72-75, 77-80, 81 Absatz 2, 82-86;"

30) Diese Gesetzesvorschrift kann als Vorbild für die Art 361 und 362 OR gelten; siehe dazu unsere Ausführungen auf S. 127 f.

c) Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts

Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass der geltende Wortlaut von Art 341 Abs 1 OR, verglichen mit dem Vorentwurf, das Adjektiv "arbeitsvertragliche" (Forderungen) nicht mehr enthält³¹⁾. Wir sind der Ansicht, dass der Gesetzgeber mit dieser Weglassung einen über das Vertragsrecht hinausgehenden Anwendungsbereich³²⁾ des Verzichtverbotes ermöglichen wollte: An sich könnte Art 341 OR als privatrechtliche Norm nur die Unverzichtbarkeit von privatrechtlichen Forderungen vorschreiben. Ergänzend tritt nun jedoch die Bestimmung von Art 342 Abs 2 OR hinzu.

Art 342 OR bestimmt vorerst in Abs 1 lit b, entsprechend der herkömmlichen Trennung zwischen privatem und öffentlichen Recht, dass die Anwendung der "öffentlichrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung" vorbehalten bleibe. - Zu beachten ist nun aber der neu in das Gesetz aufgenommene 2. Absatz von Art 342 OR, welcher die sog. "positive Wirkung"³³⁾ des öffentlichen Rechts auf das private Arbeitsverhältnis regelt³⁴⁾. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Wird durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer

31) Siehe S. 119.

32) So scheint uns folgende Umschreibung im Kommentar von Streiff, N 2 zu Art 341 Abs 1 OR, zu eng zu sein: "Zwingende Gesetzesbestimmungen sind sämtliche in Art 361 aufgezählten absolut zwingenden und die in Art 362 aufgezählten relativ zwingenden Vorschriften". Zum selben Missverständnis könnte auch die Verweisung in der OR-Textausgabe (1971) von Schönenberger führen.

33) Eine Regelung der negativen Wirkung war nicht notwendig, da sich diese aus Art 19 in Verbindung mit Art 20 OR ergibt: Eine mit öffentlichrechtlichen Bestimmungen in Widerspruch stehende Vertragsabrede ist nichtig, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist oder sich aus dem Zweck des öffentlichrechtlichen Gebotes oder Verbotes ergibt. Siehe dazu die Botschaft 1967, S. 164.

34) Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft 1967, S. 164.

eine öffentlichrechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Arbeitsvertrages sein könnte."

Schweingruber meint zu dieser neuen Bestimmung: "Mit der Fiktion, wenn die Verpflichtung Inhalt des Arbeitsvertrages sein könnte, löste der Gesetzgeber mit einem Federstrich ein schwieriges Problem der Rechtstheorie, jedenfalls mit Bezug auf das Arbeitsrecht". Die Konsequenzen und der Anwendungsbereich dieser neuen Vorschrift in der arbeitsrechtlichen Praxis seien auch heute noch kaum abzusehen, besteht doch in zahlreichen eidgenössischen und kantonalen Gesetzen eine Fülle von Bestimmungen, die das Arbeitsverhältnis betreffen und Inhalt eines Arbeitsvertrages sein könnten³⁵⁾. Wir wollen hier nur einige wenige Beispiele beifügen, so etwa aus dem Bundesrecht die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes betreffend den Lohnzuschlag für vorübergehende Nacht- oder Sonntagsarbeit (Art 17 Abs 1, 19 Abs 2, 24 Abs 1 ArbG). Aus dem öffentlichen Recht der Kantone wären beispielsweise zu erwähnen der Anspruch auf Kinderzulagen, Feiertagsentschädigung oder Versicherungsbeiträge. — Es bleibt hier zu bemerken, dass die neue Vorschrift von Art 342 Abs 2 OR zur Ueberlegung Anlass gibt, ob die selben "Einwirkungen des öffentlichen Rechts auf private Verträge nicht auch anderswo, ausserhalb des Arbeitsrechts, als sinnvoll anerkannt werden könnten"³⁶⁾. An dieser Stelle können wir jedoch nicht näher auf diese rechtspolitische Frage eintreten.

Im Rahmen unserer Arbeit ist die Feststellung entscheidend, dass Art 342 Abs 2 OR gewisse Forderungen aus dem öffentlichen Recht als zivilrechtlich klagbar erklärt und sie damit in Bezug auf ihre Durchsetzbarkeit den Forderungen aus zwingenden Bestimmungen des Zehnten Titels OR gleichstellt. Aus dieser Gleichstellung kann nunmehr abgeleitet werden, dass sich das Verichtsverbot von Art 341 OR auch auf

35) Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 179; ebenso in seinem Kommentar, S. 325 f.

36) Schweingruber, Kommentar, S. 326 und die dort aufgeführten Autoren.

sämtliche Forderungen aus dem öffentlichen Arbeitsrecht erstreckt, sofern sie ihrem Inhalt nach Gegenstand eines Einzelarbeitsvertrages bilden könnten³⁷⁾.

Man kann sich in diesem Zusammenhang fragen, ob diese Ausdehnung des Verzichtverbotes überhaupt notwendig war, wenn doch private Rechtssubjekte auf die Anwendung von öffentlichem Recht nicht verzichten können. – In der Tat ist ein Verzicht wohl insofern ausgeschlossen, als es sich um die Entstehung einer öffentlichrechtlich begründeten Forderung handelt: Es könnte beispielsweise in einem Arbeitsvertrag der Anspruch auf Kinderzulage (gemäss öffentlichem kantonalen Recht) nicht rechtsgültig wegbedungen werden; eine derartige Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wäre nichtig³⁸⁾. Das würde aber noch nicht bedeuten, dass auch ein Verzicht auf eine bereits entstandene derartige Forderung ungültig sei. So hat etwa im Bereich des (öffentlichen) Sozialversicherungsrechts das Eidgenössische Versicherungsgericht schon verschiedentlich erkannt, dass der Anspruchsberechtigte auf Leistungen der Alters- und Hinterbliebenenversicherung³⁹⁾ oder der Militärversicherung⁴⁰⁾ rechtsgültig verzichten könne. An und für sich würde diese Möglichkeit auch bezüglich der Forderungen bestehen, die sich aus dem öffentlichen Arbeitsrecht ergeben. Tatsächlich hat erst die neue Bestimmung von Art 341 OR in Verbindung mit Art 342 Abs 2 OR derartige Verzichtse verbotten.

Die Zweckmässigkeit der Unterstellung der öffentlichrechtlichen Normen im Rahmen von Art 342 Abs 2 OR unter das arbeitsvertragliche Verzichtsverbot erkennen wir noch deutlicher, wenn wir uns an die Motive erinnern, welche den Gesetzgeber zur Einführung von Art 341 OR veranlasst haben: Wegen seiner Abhängigkeit vom Arbeitgeber soll der Arbeitnehmer nicht an Verzichtvereinbarungen gebunden werden, sofern

37) In diesem Sinne auch Schweingruber, Kommentar, S. 322.

38) Siehe S. 130, Anm. 33

39) BGE 101 V 265.

40) BGE 101 V 174.

und soweit sich diese auf Forderungen aus zwingenden Gesetzesvorschriften erstrecken. - Wenn nun der Gesetzgeber durch die Uebernahme einer Norm vom privaten ins öffentliche Recht⁴¹⁾ einerseits die Durchschlagskraft und damit den Schutz des Arbeitnehmers verstärken will⁴²⁾, so wäre es kaum verständlich, wenn er andererseits diese öffentlichrechtlichen Schutzbestimmungen mit weniger Wirkung ausstatten würde als die privatrechtlichen. Es ist nämlich beachtenswert, dass in der Praxis auch das öffentliche Arbeitsrecht über eine unzureichende Durchschlagskraft verfügt. Schweingruber meint dazu: "Der Gesetzgeber kann noch so eingehend legiferieren, er muss sich gründlich überlegen, wie er das Gesetz praktisch durchsetzen will"⁴³⁾. Im Rahmen dieses Bestrebens muss die Ausdehnung des Verzichtsverbotes von Art 341 OR als zweckmässiges ergänzendes Mittel erscheinen, um auch dem öffentlichen Arbeitsrecht mehr Nachachtung zu verschaffen.

2. Einzelfragen

Obschon die neue Gesetzestechnik, wie oben geschildert⁴⁴⁾, die Abgrenzung zwischen "zwingenden" und "dispositiven" Forderungen vereinfacht hat, hinterlassen Beispiele aus der Judikatur den Eindruck, dass diese Grenze in der Praxis nicht immer deutlich genug erkannt wird. Es ist anzunehmen, dass die Tendenz, den Geltungsbereich von Art 341 OR auch auf nicht dem zwingenden Recht entspringende Forderungen auszuweiten, auf die wiederum aktuellere Schutzbedürftigkeit der Arbeitneh-

41) Oder auch durch die Schaffung von sog. "Doppelnormen", z. B. Art 321c Abs 3 OR und Art 13 ArbG: Die Entschädigung von Ueberstunden bzw. von Ueberzeitarbeit. - Näheres zu den Doppelnormen siehe bei Tschudi, S. 34.

42) Zur Frage, welche Vorschriften de lege ferenda in das private und welche in das öffentliche Recht zu verlegen seien, siehe Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 42 f.

43) Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 31.

44) Der Katalog von Art 361 und 362 OR; siehe S. 127 f.

mer in der gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation zurückzuführen ist. Sosehr diese Bestrebungen aus sozial-ethischer Sicht verständlich sind, so müssen sie doch an den klaren Bestimmungen des Gesetzes ihre Schranken finden. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass im konkreten Fall ein "gerechtes" Urteil zwar nicht immer mit Hilfe von Art 341 OR, jedoch unter Beizug von anderen, besser zutreffenden Gesetzesnormen gefunden werden kann. In diesem Rahmen sollen nachstehend zwei Einzelfragen behandelt werden, die angesichts der Häufigkeit ihres Auftretens in der Praxis besondere Beachtung verdienen.

a) Lohnverzicht und Kurzarbeit

Seit Beginn der wirtschaftlichen Rezession in unserem Land ist in der Presse recht häufig von Betrieben zu lesen, die Kurzarbeit einführen und damit verbunden Lohnkürzungen vornehmen mussten. Auch sind einzelne Fälle bekannt geworden, wo Lohnkürzungen ohne Arbeitszeitreduktion "verfügt" worden sind⁴⁵⁾. Mit dem Problem von Kurzarbeit und Lohnkürzung hatten sich in der Folge auch die Arbeitsgerichte zu beschäftigen. So wird etwa in den einleitenden "Allgemeinen Bemerkungen" des Berichts des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt aus dem Jahre 1975 folgendes bemerkt: "Schliesslich hatte sich das Gericht (auch) mit neuen Problemen wie Lohnkürzungen und Kurzarbeit zu befassen."⁴⁶⁾

Im eben erwähnten Bericht nimmt das Gericht denn auch Stellung zur Frage, ob der volle Lohn zu den zwingenden und damit unverzichtbaren Forderungen gehöre. Es führt aus: "Zu den zwingenden Forderungen gehören u.a. der volle Lohn ohne Kürzung bis zum Ablauf der ordentlichen

45) Diese Massnahmen wurden beispielsweise aus "Solidaritätsgründen" getroffen, und zwar in dem Sinn, dass die Arbeitnehmer aus "vollbeschäftigten" Betriebsteilen zu Gunsten von Arbeitnehmern aus "unterbeschäftigten" Betriebsteilen auf einen Teil ihres Lohnes verzichten mussten.

46) Bericht, Gewerbliches Schiedsgericht, Basel-Stadt, 1975, S. 2.

Kündigungsfrist ...⁴⁷⁾". Diese Auffassung muss u. E. korrigiert bzw. präzisiert werden⁴⁸⁾. Es ist ausser Zweifel, dass sich die Höhe des Lohnes und der Umfang der täglichen, bzw. wöchentlichen Arbeitszeit⁴⁹⁾ weder von dispositiven noch gar von "unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes" ableiten lassen, sondern dass sie sich ausschliesslich - sofern kein GAV vorliegt - nach den Vereinbarungen des Einzelvertrages bestimmen. Allerdings möchten wir im Hinblick auf extreme Einzelfälle, wo Arbeitsleistung und Lohn in einem offenbaren Missverhältnis zueinander stehen, die Anfechtbarkeit einer Lohnkürzung wegen Uebervorteilung, sofern auch die weiteren Voraussetzungen gemäss Art 21 OR gegeben sind, nicht ausschliessen.

Abgesehen jedoch von derartigen Extrem- und Willkürfällen verstossen Lohnkürzungen - mit oder ohne gleichzeitiger Verkürzung der Arbeitszeit - nicht gegen das Gesetz.

Zu ihrer Gültigkeit bedürfen Lohnkürzungen allerdings ausnahmslos der vertraglichen Vereinbarung, d. h. des Einverständnisses auf Seiten des Arbeitnehmers. Es ist dem Arbeitnehmer also unbenommen, sich einer im Betrieb verfüigten Lohnkürzung zu widersetzen. Ob er dabei seine Weigerung ausdrücklich vorbringen muss oder ob der Arbeitgeber eine ausdrückliche Einwilligung des Arbeitnehmers zu verlangen hat, lässt sich nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beantworten⁵⁰⁾. Wird einem Arbeitnehmer, der sich der Lohnkürzung widersetzt hat, gekündigt, hat er Anspruch auf den bisherigen vollen Lohn bis zum Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist.

47) Bericht, Gewerbliches Schiedsgericht, Basel-Stadt, 1975, S. 10.

48) Diese These wurde denn auch vom Basler Appellationsgericht verworfen (AGE vom 29. März 1976 i. S. G./H.).

49) Unter Vorbehalt der oberen Grenzen der Arbeitszeit, die im ArbG vorgeschrieben werden.

50) Siehe zu diesem Problem die Ausführungen über das "Schweigen des Arbeitnehmers" in § 12, S. 174 ff.

Die eben erwähnte Freiheit der Parteien, Lohnkürzungen zu vereinbaren, gilt grundsätzlich auch dann, wenn dem Arbeitnehmer keine Gegenleistung – z.B. in Form eines zeitlich begrenzten Versprechens, nicht zu kündigen – zugesichert wird⁵¹⁾. Wenn allerdings eine solche Gegenleistung vereinbart worden ist, kann sich der Arbeitnehmer darauf berufen. Würde ihm trotzdem vor Ablauf der vereinbarten Schutzfrist gekündigt, fiel die seinerzeitige Vereinbarung betreffend den Lohnverzicht dahin. Der Arbeitnehmer hätte dann die Wahl⁵²⁾, entweder den reduzierten Lohn bis Ablauf der vereinbarten Kündigungssperre oder den vollen Lohn bis zum vorverlegten Kündigungsstermin, rückwirkend vom Datum der Vereinbarung an, zu verlangen.

Soweit scheint die Sachlage klar zu sein. In der Praxis dürfte jedoch in einzelnen Fällen die Frage zur Diskussion Anlass geben, ob der Arbeitgeber in Tat und Wahrheit eine Gegenleistung (z.B. die Unterlassung der Kündigung) in Aussicht gestellt oder versprochen habe. Diese Unsicherheit dürfte sich namentlich dann einstellen, wenn keine ausdrücklichen, schriftlichen Erklärungen vorliegen, d.h. wenn die Vereinbarung, mindestens teilweise, durch konkludente Willensäußerungen zustande gekommen ist. Ob derartige Willensäußerungen vorgelegen haben und wie sie gegebenenfalls interpretiert werden müssen, entscheidet sich nach den allgemeinen Vertrauensgrundsätzen⁵³⁾. So dürfte der Arbeitnehmer dann mit seiner Forderung durchdringen, wenn der Arbeitgeber in Anbetracht der besonderen Umstände erkennen musste, dass sein Vertragspartner nur im Hinblick auf die Sicherung seines Arbeitsplatzes in die Lohnkürzung eingewilligt hatte⁵⁴⁾. In anderen Fällen wird es sich fragen,

51) Im Gegensatz zur Auffassung des Gewerblichen Schiedsgerichts, Basel-Stadt, siehe Bericht 1975, S. 10 f.

52) Diese Alternative ergibt sich aus Art 107 bzw. Art 108 OR. Je nachdem ob aus dem Verhalten des Arbeitgebers hervorgeht, er wolle auf seine Kündigung beharren oder er wolle darauf zurückkommen, wird der eine oder der andere Weg einzuschlagen sein.

53) Siehe dazu auch die Ausführungen in den §§ 3 und 12.

54) Ein praktisches Beispiel hierzu findet sich im Bericht, Gewerbliches Schiedsgericht, Basel-Stadt, 1976, S. 15 f. – Mit "arbeitsrechtlichen Fragen bei Entlassungen und Arbeitszeitverkürzungen" und "Sumpfbüten der Rezession" befasste sich Schweingruber in Gew Rundschau 1971, S. 57 und S. 234.

ob eine Lohnkürzung nicht wegen Dissenses oder dem Bestehen von Anfechtungsgründen (Irrtum, Täuschung, Drohung) ungültig sei.

Zusammenfassend kann nochmals wiederholt werden: Sofern kein GAV vorliegt, verstösst eine Lohnkürzung nicht gegen die Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR. Die Parteien sind rechtlich frei, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen, sei dies aus Gründen, die in der Person des einzelnen Arbeitnehmers liegen, oder sei dies aus Gründen, die auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des gesamten Betriebes zurückzuführen sind.

b) Die vorzeitige, vereinbarte Vertragsauflösung

aa) Sachverhalt und Beziehung zu Art 341 OR

Unter der vorzeitigen, vereinbarten Vertragsauflösung ist jener Sachverhalt zu verstehen, da Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag (contrarius actus⁵⁵⁾) das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Anstellungszeit oder ohne Beachtung der vertraglichen bzw. gesetzlichen Kündigungsfristen auflösen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Beendigung fristlos oder nach einer verkürzten Kündigungsfrist erfolgt. Ebenfalls wird es hier nicht darauf ankommen, ob die massgebliche Kündigungsfrist (die nicht eingehalten wird) auf einem Vertrag oder auf (dispositiven oder zwingenden) Bestimmungen des Gesetzes beruht.

In der Praxis kommt die vorzeitige, vereinbarte Vertragsauflösung relativ häufig vor, wobei der Impuls, d.h. die Offerte bald vom Arbeitnehmer, bald vom Arbeitgeber ausgeht. Es ist jetzt der Frage nachzugehen, weshalb die vorzeitige, vereinbarte Vertragsauflösung in eine Beziehung zur Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR gebracht wird. An Stelle einer

55) Zur Frage der Abgrenzung zum Erlass siehe S. 13.

theoretischen Erklärung sollen nachstehend zwei Fälle aus der jüngeren Judikatur aufgeführt werden:

Fall A: "So war z.B. die Vereinbarung zwischen einem Geschäftsführer und seiner Arbeitgeberin, wonach infolge Unstimmigkeiten das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst wurde, und die Arbeitgeberin unter Verzicht auf eine fristlose Entlassung und auf allfällige Schadenersatzansprüche einen Teil des Lohnes für die ordentliche Kündigungsfrist bezahlte, während der Arbeitnehmer auf den Rest verzichtete, gültig; der Geschäftsführer konnte nicht nachträglich den Restlohn einfordern. Er hatte ja nicht auf eine zwingende Forderung einseitig verzichtet, sondern die Parteien hatten sich, ohne das Gericht anzugehen, auf einen Kompromiss geeinigt (Sch./K. AG, 24. 2. 75)."56)

Fall B: "Ein einseitiger Verzicht auf zwingende Forderungen war dagegen die einem Bauzeichner am Abend des letzten Arbeitstages vor dem Einrücken in die Unteroffiziersschule vorgelegte und von ihm unterzeichnete sog. Vereinbarung, wonach er auf Lohnersatz während des Militärdienstes vollumfänglich verzichte und zur Kenntnis nahm, dass er nach dem Militärdienst wieder beschäftigt werde, wenn es die Auftragslage beim Arbeitgeber erlaube, ansonst aber der letzte Tag vor dem Militärdienst als letzter Arbeitstag gelte ... Denn die sog. Vereinbarung enthielt einen Verzicht des Arbeitnehmers sowohl auf die zwingende Lohnentschädigung beim Militärdienst als auch auf die Beachtung der Kündigungsfristen und Sperrfristen gemäss OR Art 336e, während der Arbeitgeber keine Gegenleistung erbrachte (B./P. 6. 1. 76)."57)

Aus beiden Entscheiden lässt sich folgende Auffassung des Gerichtes erkennen: Die vorzeitige Vertragsauflösung ist nur dann gültig, wenn der Arbeitnehmer eine Gegenleistung erhält. Fehlt eine solche Gegenleistung, so hat die Aufhebungsvereinbarung als Verzicht auf eine zwingende Forderung zu gelten und ist damit gemäss Art 341 OR ungültig⁵⁸⁾. Nach der Meinung des Basler Gerichts werden somit einem vorzeitigen Aufhebungsvertrag durch Art 341 Abs 1 OR enge Grenzen gesteckt; er ist nur dann gültig, wenn der Arbeitnehmer eine Gegenleistung erhält.

56) Bericht, Gewerbliches Schiedsgericht, Basel-Stadt, 1975, S. 11 oben.

57) Bericht, Gewerbliches Schiedsgericht, Basel-Stadt, 1975, S. 11 Mitte.

58) Auch hier fällt wiederum das starke Gewicht auf, welches das Basler Gericht der Gegenleistung des Arbeitgebers zumisst.

bb) Die vorzeitige Vertragsauflösung als Umgehung?

Es scheint, dass das Basler Gericht bei seinen Entscheiden die Ungültigkeit des Aufhebungsvertrages mit einer unzulässigen Umgehung von Art 341 Abs 1 OR begründen will. Ausgangspunkt bildet wohl die Ueberlegung, dass ein illoyaler Arbeitgeber – der beispielsweise das Verbot von Art 341 OR kennt – nicht zu einem Verzicht auf die aus der ungerechtfertigten Entlassung entstandenen Forderungen drängt, sondern dass er seine Position der Stärke und/oder der intellektuellen Ueberlegenheit dazu ausnutzt, um den Arbeitnehmer zu einer Einwilligung in die fristlose Auflösung zu veranlassen. Tatsächlich könnte der faktische, wirtschaftliche "Erfolg" in einen wie im anderen Fall derselbe sein. Trotz dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise dürfen jedoch die positiv-rechtlichen Aspekte nicht vollständig in den Hintergrund gedrängt werden. Aus juristischer Sicht ist der Sachverhalt grundlegend verschieden: Im ersten Fall handelt es sich um einen Erlassvertrag, der sich auf bestehende, meist genau bezifferbare Forderungen bezieht. Im zweiten Fall liegt ein Aufhebungsvertrag vor, der nicht einzelne Forderungen betrifft, sondern das Vertragsverhältnis zwischen zwei Parteien insgesamt. Dieser Vertrag führt nicht zum Untergang von bestehenden Forderungen, jedoch verhindert er das Entstehen von weiteren Ansprüchen.

Es ist nun auf die soeben erwähnte Frage einzugehen, ob allenfalls eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliege, d.h. ob mit Hilfe eines Aufhebungsvertrages im Sinne von Art 115 OR (Umgehungsnorm) ein Ziel erreicht wird, das Art 341 OR (umgangene Norm) verunmöglichen will. Ob eine derartige Umgehung vorliegt, ergibt sich aus der Auslegung der umgangenen Norm⁵⁹⁾. Das Ziel von Art 341 OR ist eindeutig: Es soll der Arbeitnehmer vor einem unbedachten oder erzwungenen Verzicht auf Forderungen geschützt werden, die sich aus zwingendem Recht oder aus einem GAV ableiten. Diese Wirkung von Art 341 OR geht zwar weit, sie ist aber dennoch in materieller und zeitlicher Hinsicht beschränkt⁶⁰⁾.

59) Merz, Berner Kommentar, N 90 zu Art 2 ZGB.

60) Siehe oben S. 125 ff und 143 ff.

Eine Auslegung, die dahin gehen würde, dass diese Norm auch einen weiteren Kreis von denkbaren Benachteiligungen des Arbeitnehmers ausschliessen möchte, wäre unzulässig. Es muss als Tatsache hingenommen werden, dass das Arbeitsrecht zwar ein sehr dichtes, aber dennoch kein lückenloses Netz von Schutzbestimmungen zu Gunsten des "abhängigen" Arbeitnehmers aufstellt. So kann auch Art 341 OR den Arbeitnehmer zwar vor einem Verzicht auf bestimmte Forderungen, nicht aber vor irgendwelchen andern Formen der Benachteiligung schützen. Somit kann eine Vereinbarung, durch die zwar das Vertragsverhältnis, aber keine bestehenden Forderungen aufgehoben werden, nicht als Vereitelung des Zwecks von Art 341 OR und damit nicht als Gesetzesumgehung bezeichnet werden. Auch in der Literatur finden sich nirgends Hinweise, welche die hier vertretene Auffassung widerlegen würden⁶¹⁾. Schumacher stellt ausdrücklich fest: "Selbstverständlich steht es den Parteien jederzeit frei, einen Aufhebungsvertrag zu vereinbaren. Dadurch kann auf den Kündigungsschutz verzichtet und das Arbeitsverhältnis gelöst werden."⁶²⁾

cc) Schranken der Gültigkeit einer vorzeitigen Vertragsauflösung

Auch in Bezug auf den Aufhebungsvertrag kann sich wiederum die Frage stellen, ob im konkreten Fall überhaupt der für das Zustandekommen des Vertrages notwendige Konsens vorliege oder ob allenfalls Willensmängel bestehen, die zur Ungültigkeit der Vereinbarung führen könnten.

Wenn ein eindeutiger Erklärungsstatbestand vorliegt, insbesondere ein klarer, verständlicher, von beiden Parteien unterzeichneter Text, wird sich die Frage nach dem Bestehen des Konsenses kaum stellen. Probleme-

61) Ohne Einschränkungen wird die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mittels Aufhebungsvertrag aufzulösen, auch bei Schweingruber, Kommentar, S. 227, und bei Rehbinder, S. 92 aufgeführt.

62) Schumacher, S. 90. Diese Meinung wird in BGE 102 I a 417 ausdrücklich bestätigt.

matisch wird es aber dort, wo eine Interpretation nur unter Berücksichtigung weiterer Umstände möglich ist, z.B. dort, wo der Arbeitgeber das stillschweigende Einverständnis des Arbeitnehmers mit der fristlosen Vertragsauflösung behaupten will. Unter Verweisung auf spätere Ausführungen⁶³⁾ kann bereits hier festgehalten werden, dass das Schweigen des Arbeitnehmers auf Offerten, die ihm einseitig Nachteile bringen würden, in der Regel nicht als Akzept interpretiert werden darf⁶⁴⁾. In diesem Sinn muss auch die Auslegung von Erklärungstexten restriktiv erfolgen; eine Saldoquittung darf ohne das Hinzukommen von eindeutigen Anhaltspunkten nicht als Aufhebungsvertrag aufgefasst werden, sondern lediglich als Erlassvertrag, als Verzicht auf bestehende Forderungen⁶⁵⁾.

Stellt sich nun in einem konkreten Fall auf Grund des oben Gesagten die Ungültigkeit des Aufhebungsvertrages heraus, bleibt der Tatbestand einer sog. Entlassung. Erweist sich diese als ungerechtfertigt, steht dem Arbeitnehmer der unverzichtbare Anspruch auf "den Lohn für die bestimmte Vertragszeit oder für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie auf Ersatz der aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Vorteile" gemäss Art 337c OR zu.

63) Siehe §12, S. 179.

64) Siehe dazu BGE 102 I a 147 mit Verweis auf Oser/Schönenberger und Hug. - Dieser Sachverhalt darf jedoch nicht verwechselt werden mit der erwähnten Auffassung des Basler Gerichts, dass eine "vorzeitige" Aufhebung des Vertrags nur gültig sei, wenn sie nicht überwiegend zum Nachteil des Arbeitnehmers ausfalle. Für uns ist das Fehlen überwiegender Nachteile nicht Gültigkeits-Voraussetzung für einen Aufhebungsvertrag, sondern lediglich Hilfsmittel zur Interpretation im Falle, da ein stillschweigender Aufhebungsvertrag geltend gemacht wird.

65) Zur Frage der restriktiven Auslegung einer Saldoquittung siehe das Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 31. Mai 1976 in "Entscheidungen des Gewerbegerichts Zürich aus den Jahren 1974 - 1976", S. 9 f.

2. Abschnitt:

Die Forderungen aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages

Gemäss Art 357 Abs 1 OR gelten alle Bestimmungen eines GAV, die Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse regeln, als unabdingbar, sofern nicht der GAV selbst etwas anderes bestimmt. Ob einer GAV-Bestimmung die Wirkung der Unabdingbarkeit zukommt, hängt demnach von zwei Voraussetzungen ab. Die eine kann als "objektive", die andere als "subjektive" Voraussetzung bezeichnet werden.

1. Die objektive Voraussetzung

Die vom Gesetz in Art 357 Abs 1 OR vermutete Unabdingbarkeit kommt einer GAV-Bestimmung dann zu, wenn sie normativer und nicht "bloss" schuldrechtlicher Natur ist⁶⁶⁾. In der Regel bietet diese Abgrenzung keine Schwierigkeiten; allerdings sind einige Grenzfälle bekannt, die von den Gerichten unterschiedlich beurteilt worden sind⁶⁷⁾. Aus praktischen Erwägungen heraus, kommt Schweingruber zur Schlussfolgerung, dass der Richter im Zweifelsfalle seine Zuständigkeit und damit das Vorliegen einer normativen Bestimmung umso eher ablehnen dürfe, als er wisse, "dass die Durchsetzung solcher Klauseln auf andere Weise durch Massnahmen der Verbände möglich sei."⁶⁸⁾

2. Die subjektive Voraussetzung

Ausnahmsweise kann einer normativen Bestimmung die Wirkung der Unabdingbarkeit fehlen. Dies trifft dann zu, wenn die an einem GAV betei-

66) Zu den Begriffen "schuldrechtliche" und "normative" Bestimmungen siehe S. 88 ff.

67) Siehe die bei Schweingruber/Bigler, S. 62 als Grenzfälle aufgeführten Beispiele.

68) Schweingruber/Bigler, S. 61.

tigten Verbände vereinbart haben, dass ein ganzer GAV oder einzelne normative Bestimmungen nur als "Soll-" oder "Kann"-Vorschriften zu betrachten seien. Diese Absicht der Parteien muss allerdings klar erkennbar sein, und im Zweifelsfalle ist gemäss der Formulierung von Art 357 Abs 1 OR⁶⁹⁾ auf die Unabdingbarkeit einer normativen Bestimmung zu schliessen.

V. Die zeitlich begrenzte Wirkung von Art 341 Abs 1 OR⁷⁰⁾

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist ein Verzicht des Arbeitnehmers dann unwirksam, wenn er "während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung" vereinbart wird.

1. Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses

Die zeitliche Abgrenzung der Sperrfrist für das Verichtsverbot richtet sich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Obwohl diese Bestimmung in der Regel kaum Anlass zu Schwierigkeiten bieten wird, so sind dennoch in Einzelfällen Interpretationsprobleme feststellbar. Diese sind zurückzuführen auf die uneinheitliche Umschreibung des Begriffs "Arbeitsverhältnis" in seiner Abgrenzung zum "Arbeitsvertrag".

a) Der Beginn des Arbeitsverhältnisses

Die Anhänger der sog. "Eingliederungstheorie"⁷¹⁾ vertreten die Meinung, dass das Arbeitsverhältnis nicht schon mit dem Vertragsabschluss, son-

69) Andernfalls müsste die Formulierung wohl lauten: Die Bestimmungen ... können wegbedungen werden, wenn der GAV nichts anderes bestimmt.

70) Der zeitliche Geltungsbereich von Art 341 Abs 1 OR.

71) Die Eingliederungstheorie wurde vor allem im deutschen Arbeitsrecht entwickelt; siehe Nikisch, S. 166 ff.

dern erst mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Betrieb (mit seiner Eingliederung) beginne. In der Botschaft des Bundesrates, die sich offensichtlich an diese Theorie anlehnt, wird dazu ausgeführt: "Tritt der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle vertragsgemäss an, und wird er in den Betrieb oder den Haushalt des Arbeitgebers aufgenommen, so entsteht auf Grund dieses objektiven Sachverhalts ein unmittelbar auf die Personen der Vertragsparteien bezogenes Rechtsverhältnis, das der Titel bisher Dienstverhältnis nannte und das der Entwurf nun als Arbeitsverhältnis bezeichnet."⁷²⁾ – Dem entgegen möchten wir die Meinung von Nef⁷³⁾ teilen, wonach für das schweizerische Recht kein Grund besteht, "beim Arbeitsvertrag eine Sonderregelung einzuführen, durch die das bisher einheitliche Dienstverhältnis in zwei Rechtsverhältnisse aufgespalten würde." Dabei ist selbstverständlich die Tatsache zuzugeben, dass sich das Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Betrieb intensiviert und dass eine Vielzahl von Pflichten und Rechten der Parteien erst von diesem Zeitpunkt an aktuell werden.

Wenn hier die Meinung vertreten wird, dass das Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinne (wie jedes andere Schuldverhältnis) bereits mit dem Vertragsschluss beginne, so hat dies für den Gegenstand unserer Arbeit folgende interessante Konsequenz: Der Schutz von Art 341 OR kann sich schon vor dem Stellenantritt auswirken, indem auch die dannzumal bestehenden "zwingenden" Forderungen des Arbeitnehmers als unverzichtbar zu gelten haben. Hauptsächlich wird es sich dabei um jene zwingenden Ersatzforderungen gemäss Art 337c⁷⁴⁾ in Verbindung mit Art 362 OR

72) Botschaft 1967, S. 37 f.

73) Nef, SJZ 67, 1971, S. 240 ff. Am Schluss seiner kritischen Ausführungen weist Nef darauf hin, dass die Eingliederungstheorie heute auch in Deutschland sehr umstritten sei. Die praktische Bedeutung der Eingliederungstheorie wird schon bei Kaskel/Dersch, Arbeitsrecht, 1957, S. 115 in Frage gestellt.

74) Gemäss dieser Bestimmung hat der ungerechtfertigt entlassene Arbeitnehmer Anspruch auf den Lohn für die bestimmte Vertragszeit oder für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie auf Ersatz der aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Vorteile.

handeln, die entstehen, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vor dem Stellenantritt wissen lässt, er verzichte auf die Einhaltung des Arbeitsvertrages, er wolle den Arbeitnehmer nicht in seinem Betrieb beschäftigen. Dieser Vertragsbruch⁷⁵⁾ unterscheidet sich grundsätzlich nicht von jenem, der nach einem Stellenantritt erfolgt, und es wäre auch nicht einzusehen, weshalb man diese beiden Fälle gerade bezüglich der Unverzichtbarkeit unterschiedlich behandeln sollte.

Die nachwirkende Sperrfrist von einem Monat beginnt im Falle des Vertragsbruchs vor Stellenantritt an jenem Tag, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unzweideutig erklärt hat, er wolle auf seine Dienste verzichten.

b) Das Ende des Arbeitsverhältnisses

Auch die Frage, ob das Ende des Arbeitsverhältnisses stets mit dem Ende des Arbeitsvertrages zusammenfalle, war zumindest früher nicht unbestritten. So ging bis vor kurzem die massgebliche Lehre und Judikatur davon aus, dass bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung der Arbeitsvertrag weiterdauern würde, obwohl das Arbeitsverhältnis nicht mehr bestehe⁷⁶⁾. Die heutige Lehre vom Vertragsbruch im Arbeitsverhältnis kommt nun demgegenüber zur Schlussfolgerung, dass Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag auch in einem solchen Fall gleichzeitig zu Ende gehen⁷⁷⁾, d.h. mit einer ungerechtfertigten Entlassung wird das Arbeitsverhältnis "tatsächlich und rechtlich" beendet⁷⁸⁾.

75) Auch wenn der Arbeitgeber seinen Entschluss dem Arbeitnehmer frühzeitig mitteilt, kann er sich nicht auf die Einhaltung einer Kündigungsfrist berufen. Eine Kündigung kann erst nach dem Stellenantritt erfolgen. Siehe dazu Schweingruber, Kommentar, S. 230.

76) Schumacher, S. 81 sowie S. 95. Diese Auffassung stützte sich auf die These, dass die Ablehnung der vertraglichen Verpflichtungen einen Vertrag nicht aufheben können.

77) Schumacher, S. 101.

78) Schweingruber, Kommentar, S. 266. - Entgegen dieser Ansicht vertritt das Bundesgericht in einem neuesten Entscheid, in Anlehnung an die Botschaft 1967, S. 149, die Meinung, dass bei einem Vertragsbruch das Arbeitsverhältnis "in tatsächlicher, nicht aber in rechtlicher Hinsicht" beendet werde. BGE 103 II 274 f.

Nach dieser Klarstellung lässt sich nun auch der Beginn der Nachfrist von Art 341 OR im Falle der ungerechtfertigten Entlassung eindeutig bestimmen: Er ist auf jenen Tag anzusetzen, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bekannt gegeben hat, dass er unwiderruflich auf seine weiteren Dienste verzichte und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ablehne. Besteht im Einzelfall nicht von Anfang an Klarheit darüber, ob bloss ein vorübergehender Annahmeverzug des Arbeitgebers oder ein endgültiger Vertragsbruch vorliege, so bemisst sich die Monatsfrist von jenem Zeitpunkt an, da der Arbeitgeber eine eindeutige Erklärung nachgeholt hat⁷⁹⁾.

Ueber den eben besprochenen Sondertatbestand hinaus sind noch weitere Fälle denkbar, da sich die Frage nach dem genauen Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen kann. Dies mögen folgende Beispiele erläutern: Ein Arbeitnehmer hat auf einen bestimmten Termin hingekündigt. Nun hat er jedoch noch Anspruch auf Ferien, die er im Einverständnis mit dem Arbeitgeber "in natura" beziehen kann. Er verlässt demzufolge den Betrieb bereits einige Zeit vor Ablauf der Kündigungsfrist. Wann geht nun das Arbeitsverhältnis zu Ende? An jenem Tag, da er den Betrieb verlässt und da seine Ferien beginnen, oder an jenem Tag, da die Kündigungsfrist abläuft? Oder ein anderer Fall: Ein Arbeitgeber will aus bestimmten Gründen auf die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verzichten, ihm aber dennoch den Lohn bis zu diesem Zeitpunkt ausbezahlen⁸⁰⁾. Auf welchen Termin ist hier das Ende des Arbeitsverhältnisses anzusetzen?

Eine generelle Antwort auf diese Fragen ist nicht möglich. Es muss in jedem Einzelfall abgeklärt werden, ob in Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln die Erklärungen der Parteien, ihr Verhalten oder weitere

79) In solchen Fällen muss dem Arbeitnehmer empfohlen werden, er solle dem Arbeitgeber eine Frist ansetzen, bis zu deren Ablauf dieser eine eindeutige Erklärung abzugeben habe.

80) In solchen Fällen spricht man in der Praxis meist von einer "Suspendierung" des Arbeitsverhältnisses. Diese Bezeichnung ist aber dort irreführend, wo in Wirklichkeit gar kein Arbeitsverhältnis mehr besteht.

Umstände für oder gegen das Vorliegen eines Aufhebungsvertrages mit sofortiger Wirkung sprechen. So wird man etwa aus der Vorausbezahlung des Feriengeldes oder des Lohnes auf eine sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses schliessen dürfen. Auch das Vorliegen einer "Schlussabrechnung" kann in dieselbe Richtung weisen. Umgekehrt dürfte das Zuwarten mit der Auszahlung des Lohnes oder anderer Ansprüche des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in der Regel gegen eine vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses sprechen.

2. Die Dauer der Nachfrist

Wo in Einzelfällen die genaue Bestimmung der Dauer der Nachfrist von einem Monat Schwierigkeiten bereitet, sind die allgemeinen Bestimmungen von Art 76 ff OR beizuziehen⁸¹⁾: Die Frist läuft an demjenigen Tag des auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses folgenden Monats ab, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, an welchem das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Fehlt dieser Tag im betreffenden Monat (z.B. der 31. eines Monats), so endet die Frist an dessen letztem Tag (also beispielsweise am 30.). Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag, Feiertag oder Samstag⁸²⁾, so endet sie am nächstfolgenden Werktag.

VI. Art 341 Abs 1 OR als relativ zwingende Norm

Der Art 341 Abs 1 OR wurde in den Katalog der relativ zwingenden Normen von Art 362 OR aufgenommen⁸³⁾. Daraus ergeben sich zwei Folgerungen:

- 81) Die Regeln über die Bestimmung der Fristen von Art 75 ff OR gelten gemeinsam auf alle Zeitbestimmungen, mögen sie sich auf die Erfüllung durch den Schuldner oder auf die Vornahme anderer Rechtshandlungen im Schuldverhältnis beziehen. Guhl/Merz/Kummer, S. 217.
- 82) BG vom 21. Juni 1963 über den Fristenlauf an Samstagen, Art. 1.
- 83) Vgl. S. 127 f.

- Von Art 341 OR abweichende Abreden zu Ungunsten des Arbeitnehmers in einem Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag sind gemäss Abs 2 von Art 362 nichtig. Das Verzichtsverbot behält seine Wirkung unabhängig vom Parteiwillen.
- Eine von Art 341 Abs 1 OR abweichende Abrede ist jedoch gültig, wenn sie sich nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirkt.

Es fällt auf und ist keineswegs selbstverständlich, dass das Verzichtsverbot lediglich als relativ zwingende Norm bezeichnet wird. Die Auswirkungen sind nicht restlos zufriedenstellend.⁸⁴⁾

1. Die Verrechnung und der Vergleich

Aus der relativ zwingenden Natur von Art 341 Abs 1 OR ergibt sich erstens die Möglichkeit, dass auf Forderungen aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes, bzw. aus unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verzichtet werden kann, sofern und soweit sich dieser Verzicht nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirkt. Dies wird im allgemeinen dann der Fall sein, wenn dem Verzicht des Arbeitnehmers eine mindestens gleichwertige oder grössere Gegenleistung des Arbeitgebers gegenübersteht. Häufig wird es sich dabei nicht um eine eigentliche Leistung handeln, sondern diesmal um einen Verzicht auf seiten des Arbeitgebers. Ist die Gegenforderung des Arbeitgebers bekannt und unbestritten, haben wir eigentlich den Sachverhalt einer Verrechnung gemäss Art 120 ff OR⁸⁵⁾ und keinen Verzicht vor uns.

84) Vgl. das Beispiel S. 151 Anm 93. Umgekehrt siehe etwa die Kündigungssperrfristen von Art 336e OR, die absolut zwingend sein sollen; was wiederum erstaunlich ist. Schweingruber, Kommentar, S. 245 f.

85) Die Grenzen, innerhalb deren eine Verrechnung zulässig ist, ergeben sich aus der absolut zwingenden Vorschrift von Art 323b Abs 2 OR.

Schwieriger wird die Situation dann, wenn die Gegenforderung des Arbeitgebers, namentlich im Rahmen eines Vergleichs⁸⁶⁾, nicht substantiiert oder nur in ganz allgemeiner Form als "allfällige Gegenforderung" geltend gemacht wird. Je nachdem ob sich die Gegenforderung des Arbeitgebers nachträglich – wenn sie überhaupt einmal überprüft wird – entweder als gleichwertig bzw. grösser oder als geringer erweist, ist der Verzicht des Arbeitnehmers als gültig oder als ungültig zu betrachten. Völlig unklar werden die Verhältnisse, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Gegenleistung zum Verzicht irgendwelche immateriellen Vorteile in Aussicht stellt, beispielsweise ein gutes Zeugnis, günstige Auskünfte an Dritte, Mithilfe bei der Suche nach einer neuen Stelle etc. – Es ist nun durchaus denkbar, dass ein Arbeitnehmer in Unkenntnis des Umfangs oder des Bestehens von Gegenforderungen auf Seiten des Arbeitgebers oder aus Unsicherheit über die tatsächliche Lage von einer Berufung auf Art 341 OR Abstand nimmt und den Verzicht "gelten" lässt. Auch besteht die Gefahr, dass ein illoyaler Arbeitgeber den angeblichen Vergleich ausnützt und einer Berufung auf Art 341 OR die Behauptung entgegenhält, per Saldo habe sich der Verzicht zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgewirkt; gestützt auf Art 362 OR entfalte deshalb das Verzichtsverbot keine Wirkung. – Diese Überlegungen führen uns zur kritischen Bemerkung, dass die Ausstattung des Verzichtsvotes mit absolut zwingender Wirkung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und im Interesse des "geschäftsunerfahrenen"⁸⁷⁾ Arbeitnehmers der geltenden Regelung vorzuziehen gewesen wäre. In praktischer Konsequenz hätte man dadurch nicht die Möglichkeit der Verrechnung⁸⁸⁾ (innerhalb

86) Zum Begriff des "Vergleichs": "Unter Vergleich versteht man einen synallagmatischen Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird." Meier-Hayoz, SJZ 49 (1953), S. 117.

87) Die bei "einfachen" Arbeitnehmern nicht selten feststellbare Geschäftsunerfahrenheit war einer der Gründe für die Einführung des Verzichtsvotes von Art 341 OR, siehe S. 35 und 79.

88) Im Rahmen einer Verrechnung werden Forderungen und Gegenforderungen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen, genau substantiiert. In diesem Punkt besteht der Unterschied zum Vergleich, der sich naturgemäss auf bestrittene oder unsichere Forderungen bezieht.

der Schranken von Art 323b Abs 2 OR) wohl aber die Möglichkeit eines Vergleichs-Verzichts ausgeschlossen⁸⁹⁾. Dies hätte zwar in Ausnahmefällen zu einer etwas störenden Unbeweglichkeit der Parteien führen können, jedoch die Durchschlagskraft von Art 341 OR in der Praxis wäre mit seiner Aufnahme in den Katalog von Art 361 OR erheblich verstärkt worden.

2. Die Verlängerung der Sperrfrist

Die zweite Frage, die sich im Zusammenhang mit der relativ zwingenden Wirkung von Art 341 Abs 1 OR stellt, betrifft die Verlängerbarkeit der einmonatigen Nachfrist: Können die Parteien des Einzelarbeitsvertrages (oder was eher wahrscheinlich ist) die Parteien eines GAV (in demselben) vereinbaren, dass die Monatsfrist von Art 341 Abs 1 OR verlängert werde? Oder kann gar eine Uebereinkunft getroffen werden, wonach ein Verzicht auf die besonders geschützten Forderungen überhaupt nie möglich sein soll? - Da eine solche Regelung einseitig den Arbeitnehmer bevorteilen würde, wäre sie unter dem Gesichtspunkt des Günstigkeitsprinzips - das für alle relativ zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts massgebend ist - ohne Zweifel gültig.

Weil es sich hier nicht um eine Verjährungsfrist im Sinne von Art 127ff OR handelt, würde eine Verlängerung auch nicht gegen die Unabänderlichkeitsvorschrift von Art 129 OR⁹⁰⁾ verstossen. Schliesslich ist unserer

89) Gerade beim Abschluss eines Vergleichsverzichts scheint uns die Gefahr einer Benachteiligung des Arbeitnehmers, die sich aus seiner Abhängigkeit ergibt, besonders naheliegend zu sein. Dies gilt vor allem dann, wenn der Streit oder die Ungewissheit, die durch den Vergleich beseitigt werden sollen, nur bezüglich der Gegenforderungen des Arbeitgebers besteht (z. B. bezüglich einer Forderung auf Schadenersatz gemäss Art 321e OR). - Als zulässig betrachten wir allerdings jenen Vergleich, bei dem die Parteien auf dem Wege des gegenseitigen Nachgebens eine Unsicherheit über den Bestand von Forderungen aus dem Wege räumen. Siehe dazu S. 190 f.

90) Art 129 OR: "Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden."

Ansicht nach die Sperrfrist von Art 341 Abs 1 OR auch nicht als Prae-
klusions- oder als Anfechtungsfrist, etwa im Sinne von Art 31 OR (An-
fechtung des mit einem Willensmangel behafteten Vertrages) zu verste-
hen⁹¹⁾; damit entfallen auch jene Einwände, die sich aus einer Diskus-
sion über die Abänderungsmöglichkeiten von Fristen dieser Art ergeben
könnten⁹²⁾.

Auch aus dem Sinn der Gesetzesbestimmung selbst lässt sich kein Ver-
bot einer Fristverlängerung ableiten. Im Gegenteil, Art 341 OR ist ein-
seitig auf den Schutz des Arbeitnehmers ausgerichtet, und eine zeitliche
Ausdehnung des Verzichtsverbotes würde die Situation des Arbeitnehmers
nicht verschlechtern, sondern zusätzlich verbessern. Es kann somit in
keiner Richtung ein stichhaltiger Grund gefunden werden, der einer Ver-
längerungsmöglichkeit der Monatsfrist entgegenstehen würde⁹³⁾.

Allerdings ist hier darauf hinzuweisen, dass gemäss Art 128 Ziff 3 OR
sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nach Ablauf von 5 Jah-
ren verjähren⁹⁴⁾. Diese Frist kann gemäss Art 129 OR von den Partei-
en nicht verlängert werden, auch nicht durch einen GAV. Sobald dem
Arbeitgeber die Verjährungseinrede zusteht, kann sich der Arbeitnehmer
nicht mehr auf das Verzichtverbot berufen. Insofern bietet auch eine
unbegrenzte Verlängerung der Sperrfrist keinen absoluten Schutz der
Arbeitnehmeransprüche. Auch mit Blick auf die soeben erwähnte Möglich-
keit einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Sperrfrist stellt sich

91) Vgl. S. 173.

92) Bezüglich der Abänderbarkeit von Verwirkungsfristen lässt sich kei-
ne allgemein gültige Regel aufstellen. Es muss eine Abklärung im
Einzelfall stattfinden. Nabholz, S. 149; vgl. dazu auch BGE 99 II 185 ff.

93) Tatsächlich sind Beispiele bekannt, da derartige weitergehende Nach-
fristen in einen GAV aufgenommen worden sind. Siehe dazu das bei
Schweingruber, Kommentar, S. 315 aufgeführte Beispiel: Art 3 des
Kollektivvertrages 1972 der Schweizer Presse: "Die beteiligten Ar-
beitnehmer können auf ihre Ansprüche aus den Bestimmungen dieses
Kollektivvertrages während seiner Gültigkeitsdauer nicht verzichten."

94) Die Verjährung kann selbstverständlich schon während der Dauer
des Arbeitsverhältnisses eintreten.

die Frage, ob Art 341 OR nicht besser in den Katalog der absolut zwingenden Vorschriften von Art 361 OR aufgenommen worden wäre. Die mit dem Verzichtsverbot verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit findet ihre Rechtfertigung primär in der besonderen Situation des Arbeitnehmers, die wir mit dem Stichwort der "Abhängigkeit" umschrieben haben. Da nun diese Abhängigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sehr schnell an Intensität verliert und nach relativ kurzer Zeit wohl gänzlich erlischt, lässt sich eine Ausdehnung der Sperrfrist kaum mehr sachlich begründen. Es kann in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, dass anlässlich der Revision von 1956 der Ständerat bereits eine Nachfrist von drei Monaten als übermässig lang bezeichnet hat⁹⁵⁾. Erst nachdem die Sperrfrist (vom Nationalrat) auf einen Monat reduziert worden war, hat er sich mit einem über das Arbeitsverhältnis hinaus wirkenden Verzichtsverbot einverstanden erklärt.

VII. Anhang: Der Geltungsbereich des Zehnten Titels OR

1. Allgemeines

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, dass Art 341 OR selbstverständlich nur auf jene Arbeitsverhältnisse direkt anwendbar ist, die dem Zehnten Titel OR unterstellt sind⁹⁶⁾. Ausgenommen sind demnach jene Fälle, da der in fremdem Dienste Tätige nicht als "Arbeitnehmer" im Sinne dieses Gesetzestitels gilt⁹⁷⁾.

95) Siehe S. 99.

96) Eine Reihe von Einzelarbeitsverträgen mit Besonderheiten, die dem Zehnten Titel OR unterstellt sind, auch wenn sie dieser oder jener Hinsicht vom "Normaltyp, auf den sich das Gesetz in der Regel bezieht" abweichen, werden aufgeführt und besprochen bei Schweingruber, Kommentar, S. 29 ff.

97) Siehe dazu die Beispiele bei Rehbinder, S. 25 f.

- Geschäftsführende Organe juristischer Personen:⁹⁸⁾
- Ehegatten und Kinder, soweit sie nicht auf Grund eines Vertrages, sondern im Rahmen ihrer familienrechtlichen Stellung Arbeit leisten;⁹⁹⁾
- Die sog. unfreien Arbeiter, die auf Grund behördlichen Zwangs tätig sind, wie beispielsweise Strafgefangene;
- Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie durch den Erwerbszweck, sondern durch karitative oder religiöse Motive (z.B. Ordensleute) oder durch den Zweck der Heilung, Wiedereingewöhnung oder Erziehung bestimmt wird.

2. Die Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst

Näher abklären wollen wir die Anwendbarkeit von Art 341 Abs 1 OR auf die Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst des Bundes, der Kantone und der Gemeinden.

Grundsätzlich ist für die Begründung und Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses des Personals im öffentlichen Dienst nicht das Privatrecht, und damit auch nicht Art 341 aus dem Zehnten Titel des Obligationenrechts¹⁰⁰⁾, sondern das öffentliche Recht (Gesetze, Verordnungen, Reglemente, Verwaltungsbeschlüsse etc.) anwendbar. "Nach der heutigen Rechtslage und der herrschenden personal-politischen Auffassung ist

98) Sofern und soweit die Anstellungsbedingungen von leitenden Funktioniären eines Unternehmens (ganz oder teilweise) in einem Anstellungsvertrag geregelt werden, sind sie dem Arbeitsvertragsrecht unterstellt. Siehe dazu Schweingruber, Kommentar, S. 38 f mit Hinweis auf Ulrich Wyss, Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer, insbes. Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigter, Diss. Bern 1976.

99) Siehe dazu Schweingruber, Kommentar, S. 48 ff und die dort aufgeführten Literaturangaben.

100) Siehe den ausdrücklichen Vorbehalt in Art 342 Abs 1 lit a OR.

die öffentliche Anstellung durchaus die Regel und soll die Regel bleiben.¹⁰¹⁾

Auch wo eindeutig eine öffentlichrechtliche Anstellung besteht, kann das massgebliche Personalstatut auf einzelne oder mehrere Bestimmungen des privaten Arbeitsrechts verweisen. Schweingruber¹⁰²⁾ kritisiert allerdings derartige Hinweise auf das Obligationenrecht und bezeichnet sie als verwirrend. Er macht darauf aufmerksam, dass diese Regeln, die sinngemäss angewendet werden sollen, als Bestandteile des betreffenden Personalrechts zu gelten haben. Das betreffende Arbeitsverhältnis behält seine öffentlichrechtliche Natur, die Zivilgerichte erklären sich als unzuständig. - Was das Verzichtsverbot anbetrifft, so konnten wir im öffentlichen Personalrecht weder eine Verweisung auf Art 341 OR finden. Ob das Fehlen eines nachwirkenden Verzichtsverbotes in den massgeblichen Personalstatuten als Gesetzeslücke zu beurteilen ist und ob diese Lücke gegebenenfalls durch eine sinngemässe Anwendung von Art 341 OR ausgefüllt werden darf, entscheidet das öffentliche Recht¹⁰³⁾. Nach unserer Meinung besteht in diesem Fall allerdings keine Lücke. In der Regel ist die Gefahr einer Uebervorteilung des Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst wohl eher gering. Deshalb konnte der Gesetzgeber hier auf ein entsprechendes Verbot verzichten.

Es bleibt hier zu ergänzen, dass die Gemeinwesen die Freiheit haben, einen Teil ihres Personals privatrechtlich, also arbeitsvertraglich anzustellen¹⁰⁴⁾. Dies kann zweckmässig sein bei Aushilfspersonal, bei Sonderaufträgen mit zeitlicher Beschränkung oder allgemein dort, wo Angestellte keine öffentlichrechtlichen Funktionen ausüben müssen. Ist in solchen Fällen das private Arbeitsvertragsrecht massgebend, gilt selbstverständlich ohne weiteres auch das Verzichtsverbot von Art 341 OR.

101) Schweingruber, Kommentar, S. 39. Vgl. dazu auch Schweingruber, Sozialgesetzgebung, S. 167.

102) Schweingruber, Kommentar, S. 41 f.

103) Botschaft 1967, S. 163.

104) Sofern und soweit die massgebliche Personalordnung dem nicht entgegensteht.

§10 DER VORBEHALT DER VERJÄHRUNG IN ART 341 ABS 2 OR

I. Missverständnisse bei der Auslegung des Verzichtsverbots

Es kann hier angeknüpft werden an die bereits früher in § 8 zitierte Vernehmlassung eines Arbeitnehmerverbandes zu Art 341 OR. Der Verband beantragte: "Streichen. - Laut OR betragen die Verjährungsfristen fünf Jahre. Die 30 Tage bedeuten eine Schlechterstellung, die den Angestellten nicht zugemutet werden kann."¹⁾ Dieser Einwand beruhte offensichtlich auf der irrtümlichen Annahme, bei der einmonatigen Nachfrist handle es sich um eine von Art 127 OR abweichende, verkürzte Verjährungsfrist oder gar um eine Verwirkungsfrist, vor deren Ablauf die Ansprüche des Arbeitnehmers unbedingt geltend gemacht werden müssen.

Dieses Missverständnis ist nicht neu. Schon die analoge Bestimmung des früheren Art 323 Abs 3 OR (1956) hat zu ähnlichen Fehlinterpretationen Anlass gegeben. Wir möchten hierzu zwei Beispiele aus der Judikatur anführen:

- 1. Urteil²⁾, Auszug aus den Erwägungen: "Art 19 des BG über die AVE von GAV vom 28. September 1956 sieht zu Art 323 OR unter Abs 3 vor, dass die beteiligten Arbeitnehmer auf ihre Ansprüche aus unabdingbaren Bestimmungen des GAV während der Dauer des Dienstverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten können ... Wenn nun aber gesamtarbeitsvertragliche Forderungen noch innerhalb Monatsfrist seit Beendigung des Dienstvertrages gestellt werden können, so geht argumento e contrario daraus hervor, dass nach Ablauf dieser Frist derartige Ansprüche jedenfalls nicht mehr geschützt werden können."

1) Vgl. S. 118.

2) Urteil des Gew.G. Bern vom 6. September 1960 in JB 1960, S. 16.

- 2. Urteil³⁾, Auszug aus den Erwägungen: Nun haben die Gewerbebe-
richte schon verschiedentlich daraus (aus Art 323 Abs 3 OR, 1956,
d. V.) abgeleitet, dass - wenn nun gesamtarbeitsvertragliche Forde-
rungen noch innerhalb Monatsfrist seit Beendigung des Dienstverhält-
nisses gestellt werden können - argumento e contrario daraus hervor-
gehe, dass solche Ansprüche innerhalb dieser monatlichen Frist auch
gestellt werden müssen, wenn sie nicht verwirkt sein sollen."

Des weiteren sollen hier zwei Zitate aus den Beratungen des Nationalra-
tes anlässlich der Revision von 1956 aufgeführt werden:

- "Um dies (den Missbrauch der Saldoquittung, d. V.) zu verhindern,
hat die Mehrheit der Kommission vorgeschlagen zu sagen, dass einer
noch das Recht hat, während drei Monaten nach Austritt seine For-
derungen geltend zu machen."⁴⁾
- "Ich glaube, wir schaffen ein gesundes Recht, wenn wir heute dem
Standpunkt der (Kommissions-) Mehrheit zustimmen und dadurch dem
Arbeitnehmer wie dem Arbeitgeber einen bestimmten Rechtsanspruch
geben, um innerhalb einer bestimmten Frist noch berechnigte Forde-
rungen stellen zu können, über die man erst später Klarheit bekom-
men hat."⁵⁾

Zu diesen beiden Zitaten ist zweierlei festzuhalten:

Die erwähnten Voten sind einer politischen und nicht einer juristischen
Diskussion entnommen. Man muss annehmen - auch der Kontext führt
in diese Richtung -, dass beide Redner die begrenzte Dauer der Gel-
tendmachung nur auf jene Forderungen beziehen wollten, auf die ein Ar-
beitnehmer vorgängig bereits, z. B. durch eine Saldoquittung, verzichtet
hatte.

3) Urteil des Gew.G. Bern vom 9. April 1963, in JB 1963, S. 27.

4) NR Ph. Schmid, Sten. Bulletin NR, 1956, S. 239.

5) NR O. Schütz, Sten. Bulletin NR, 1956, S. 239.

Allerdings würde eine solche Interpretation den Schluss zulassen, dass beide Redner der Ansicht waren, bei der Sperrfrist von Art 323 Abs 3 OR (1956) handle es sich um eine Verwirkungsfrist im Sinne einer Anfechtungsfrist: Wenn ein Arbeitnehmer entgegen dem Verbot des Gesetzes einen Verzicht vereinbart hat, so müsse er innerhalb von Monatsfrist darauf zurückkommen, nachher sei der Anspruch nicht mehr durchsetzbar. Auf die Fragwürdigkeit dieser Auslegung wird später noch näher einzugehen sein⁶⁾. Hier haben wir die Zitate nur aus dem Grund aufgeführt, um zu zeigen, wie leicht der Gesetzestext von Art 323 Abs 3 OR (1956) bzw. von Art 341 Abs 1 OR zur Missverständnissen Anlass geben konnte.

II. Der unzulässige Umkehrschluss bei der Interpretation von Art 341 Abs 1 OR

Wir möchten hier von den oben zitierten Entscheiden des Gewerbegerichts der Stadt Bern ausgehen. Der Fehler in beiden Urteilen liegt bereits im Ansatz, indem das Gericht das Verzichtsverbot von Art 323 Abs 3 OR (1956) auf Fälle angewendet hat, da gar kein Verzicht des Arbeitnehmers – auch kein stillschweigender – geltend gemacht wurde. Zur Diskussion stand das längere Zuwarten des Arbeitnehmers mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus einem GAV. Aus der Gesetzesbestimmung von Art 323 Abs 3 OR (1956) "Die beteiligten Arbeitnehmer können auf ihre Ansprüche ... während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten" wurde gefolgert, die Arbeitnehmer müssten innerhalb der erwähnten Frist ihre Forderungen geltend machen, "wenn sie nicht verwirkt sein sollen"⁷⁾. Hier liegt nun der logische Fehler: Der Umkehrschluss (argumentum e contrario) aus "nicht verzichten dürfen" lautet nicht "geltend machen

6) Siehe S. 159 ff.

7) Siehe das Zitat aus dem 2. Urteil, S. 156.

müssen", sondern "nach Ablauf der Frist (rechtsgültig) verzichten dürfen".⁸⁾ Tatsächlich ist bis zum Ablauf der Verjährungsfrist ohne weiteres ein Schwebezustand möglich, während dessen Dauer der Arbeitnehmer weder seine Forderungen geltend macht noch aber auf diese verzichtet. - Die Unzulässigkeit der hier kritisierten Interpretation des Verzichtsverbotes ergibt sich unmittelbar aus dem Sinn der Bestimmung von Art 323 Abs 3 OR (1956), bzw. Art 341 OR: Mit diesen Vorschriften wollte der Gesetzgeber die Position des noch "abhängigen" Arbeitnehmers verstärken und nicht etwa durch die Verkürzung der Verjährungsfristen oder durch die Einführung einer Verwirkungsfrist verschlechtern.

III. Die "Klarstellungs"-Funktion des 2. Absatzes von Art 341 OR

Absatz 2 von Art 341 OR hat folgenden Wortlaut:

"Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung sind auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis anwendbar."

Dieser Absatz hat selbst keine materielle Bedeutung; er soll dazu beitragen, Fehlinterpretationen in der Art, wie sie oben dargestellt wurden, auszuschliessen⁹⁾. Diese Funktion erfüllt er mit dem Hinweis auf die "Vorschriften über die Verjährung" im allgemeinen Teil des Obligationenrechts (Art 127 - 142 OR, insbes. Art 128 Ziff. 3). - Der Vollständigkeit halber soll hier erwähnt werden, dass u.a. auch die Bestimmung von Art 129 Ziff. 3 OR an die Terminologie des revidierten Zehnten Titels angepasst wurde: Der Ausdruck "aus Arbeit von Angestellten, Dienstboten, Tagelöhnern und Arbeitern" wurde ersetzt durch die allgemeine Wendung "aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern".¹⁰⁾

8) Wie Schweingruber in seinem Kommentar, S. 320, vermerkt, kann der Arbeitnehmer nach Ablauf der Sperrfrist, wie jeder andere Gläubiger, auch durch Stillschweigen rechtsverbindlich auf seine Ansprüche verzichten.

9) Vgl. Botschaft 1967, S. 163.

10) Vgl. Art 1 Ziff 4 der Schlussbestimmungen. Siehe dazu Schweingruber, Kommentar, S. 410. - Man beachte aber die erweiterte Formulierung des Konkursprivilegs in Art 219 Abs 4 SchKG gemäss Art 63 des revidierten ArbG von 1964.

§ 11 DIE RECHTSFOLGE IM FALLE EINES ART 341 ABS 1 OR
ZUWIDERLAUFENDEN VERZICHTS:
ANFECHTBARKEIT ODER NICHTIGKEIT?

I. Zur Fragestellung

Wiederholt wurde in früheren Kapiteln darauf hingewiesen, dass der Wortlaut der Bestimmung von Art 341 Abs 1 OR im Sinne einer Präzisierung wie folgt ergänzt werden könnte¹⁾: "Während der Dauer ... kann der Arbeitnehmer nicht rechtsgültig auf ... Forderungen verzichten." Wird nun entgegen dieser zwingenden Gesetzesvorschrift eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abgeschlossen, die sich als Verzicht des Arbeitnehmers auf eine der besonders geschützten Forderungen erweist, so muss demnach eine derartige Abrede als ungültig oder rechtswidrig bezeichnet werden. Es stellt sich hier nun die Frage, welches die Reaktion oder Sanktion des Gesetzes gegenüber dieser rechtswidrigen Vereinbarung sei.

Schweingruber schreibt in seinem Kommentar: "Art 341 ist nicht konstruiert im Sinne einer Anfechtungsmöglichkeit, von der der Arbeitnehmer innert vorgeschriebener Frist Gebrauch machen muss, kommt aber praktisch einem Anfechtungsrecht nahe."²⁾ Diese Bemerkung weist uns darauf hin, dass eine dogmatische Erörterung der Frage nach den Rechtsfolgen einer Verletzung von Art 341 OR notwendig ist:

Steht ein Rechtsgeschäft zu einem gesetzlichen Verbot im Widerspruch, so kann dies verschiedene Folgen haben: Nichtigkeit, einseitige Unverbindlichkeit, Anfechtbarkeit, Klaglosigkeit, Strafe³⁾. Es darf nicht zum

1) Siehe S. 124.

2) Schweingruber, Kommentar, S. 320 mit Hinweis auf Helmut Stofer, Grundsätzliche Bemerkungen zum BG über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, in Festgabe Basel zum Schweiz. Jur. Tag 1963, S. 231 ff; ders., Kommentar zum BG über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. A., Basel/Stuttgart, 1972.

3) Lehner, S. 218 mit Verweis auf BGE 34 II 686.

vorneherein unbesehen die Nichtigkeit als einzig mögliche Sanktion angenommen werden, denn Widerrechtlichkeit bewirkt nur dort die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, "wo diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder aus seinem Sinn und Zweck abgeleitet werden muss, d.h. der Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges entspricht."⁴⁾

In unserem Fall scheint es zulässig, die Diskussion auf die Alternative "Nichtigkeit" oder "Anfechtbarkeit"⁵⁾ zu beschränken. Bevor wir uns aber für eine der beiden Möglichkeiten entscheiden, möchten wir an Hand eines konkreten Falles auf die Konsequenzen der Beantwortung dieser Frage hinweisen und das Problem so formulieren, wie es sich einem Arbeitnehmer bzw. einem Richter in der Praxis stellen kann:

Ein Arbeitnehmer gibt sein Arbeitsverhältnis auf; beim Austritt rechnet er mit dem Arbeitgeber ab und verzichtet dabei auf eine der besonders geschützten Forderungen, hier angenommen auf den Ferienlohn. Diesen Verzicht erklärt er nicht irrtümlich oder aus Unwissenheit, sondern in Kenntnis seiner berechtigten Ansprüche. Daraufhin lässt er die Monatsfrist verstreichen und wendet sich erst ein Vierteljahr später wieder an den ehemaligen Arbeitgeber. Er fordert jetzt den Lohn für nicht bezogene Ferien und macht geltend, der seinerzeitige Verzicht sei auf Grund von Art 341 Abs 1 OR als ungültig zu betrachten. – Es kommt zum Prozess: Kann der Arbeitnehmer mit seiner Nachforderung noch durchdringen? Bleibt sein Verzicht ungültig? Diese Fragen sind zu verneinen, wenn man als Sanktion des widerrechtlichen Verzichts die Anfechtbarkeit (innerhalb Monatsfrist) annimmt; sie sind zu bejahen, wenn als Rechtsfolge die absolute Nichtigkeit des gesetzwidrigen Verzichtes gelten soll.

4) BGE 80 II 329. – Siehe dazu S. 162, Anm. 16.

5) Gemeint ist hier die Anfechtbarkeit im weiteren Sinne; vgl. S. 163.

II. Zu den Begriffen

In der Umgangssprache wird oftmals ein rechtswidriger Vertrag als "ungültig" bezeichnet. Nun ist aber der Begriff "Ungültigkeit" im schweizerischen – wie etwa auch im deutschen Recht – kein technischer Ausdruck⁶⁾, obschon er da und dort auch im Gesetzestext Verwendung findet⁷⁾. In Anlehnung an die gemeinrechtliche Lehre⁸⁾ unterscheidet auch unser Recht zwei Arten der Ungültigkeit, wobei die erste als Nichtigkeit und die zweite als einseitige Unverbindlichkeit bzw. als Anfechtbarkeit bezeichnet wird. In einer anderen Abgrenzung kann man auch von der absoluten und der relativen Nichtigkeit eines Vertrags sprechen⁹⁾.

1. Die Nichtigkeit

Eine wissenschaftlich exakte, für den gesamten Rechtsbereich geltende Definition des Begriffs "Nichtigkeit" fehlt. In den einzelnen Fällen, da dieser Begriff in den verschiedenen Gesetzen (neben dem OR namentlich auch im ZGB, z.B. in Art 120 und 121) verwendet wird, muss jeweils besonders bestimmt werden, was unter Nichtigkeit zu verstehen ist¹⁰⁾. Was nun die Nichtigkeit von obligatorischen Verträgen anbetrifft, so lassen sich aus Praxis und Lehre¹¹⁾ gewisse allgemeingültige Aussagen ableiten:

a) Die Nichtigkeit ist die stärkste Sanktion des Gesetzes gegenüber einem von ihm missbilligten Vertrag. Dieser ist damit völlig unwirksam,

6) Von Tuhr/Peter, S. 224, Anm. 2.

7) Z.B. in Art 199, 232, 265 und 314 OR.

8) Siehe dazu die Hinweise bei von Tuhr/Peter, S. 231, Anm. 49.

9) Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 53 zu Art 20 OR.

10) Becker, Band VI, N 8 zu Art 20 OR.

11) In der Lehre wird diese Frage meist im Zusammenhang mit Art 20 OR behandelt.

die "Negierung der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit ist eine absolute und totale."¹²⁾ Das Recht ignoriert das faktische Verhältnis und versagt der nichtigen Vereinbarung die Durchsetzbarkeit¹³⁾.

b) Die Nichtigkeit hindert den Eintritt der rechtsgeschäftlichen Wirkung eines Vertrages von Anfang an (ex tunc)¹⁴⁾.

c) Der nichtige Vertrag ist begriffsnotwendig unheilbar und kann nicht konvaleszieren, d.h. er kann nicht nachträglich gültig (wirksam) werden, und zwar auch dann nicht, wenn der Umstand später wegfällt, der seinerzeit zur Nichtigkeit geführt hat¹⁵⁾ 16). Gegebenenfalls wäre ein neuer Vertrag notwendig, der ohne besondere Vereinbarung nicht auf den Zeitpunkt des früheren Vertragsschlusses zurückwirkte¹⁷⁾.

d) Die Nichtigkeit ist vom Richter von Amtes wegen zu beachten; es bedarf keiner Einwendung oder Einrede¹⁸⁾.

12) Becker, Band VI, N 10 zu Art 20 OR.

13) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 111.

14) Becker, Band VI, N 10 zu Art 20 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 57 zu Art 20 OR.

15) Von Tuhr/Peter, S. 229; Becker, Band VI, N 12 zu Art 20 OR.

16) Im Unterschied dazu kann eine wegen mangelnder Verfügungsmacht unwirksame Verfügung konvaleszieren. Solche Verfügungen sind deshalb nicht als "nichtig" sondern als "unfertig" oder als "unvollendet" zu bezeichnen (von Tuhr/Peter, S. 230, Anm. 44, sowie S. 220, Anm. 42). – Auch bei dem wegen Verletzung von Formvorschriften ungültigen Rechtsgeschäft kann eine Heilung möglich werden: Im Gegensatz zur traditionellen Auffassung führt die Nichtbeachtung einer Gültigkeitsform nach neuer Doktrin nicht mehr in jedem Fall zur (unheilbaren) Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts. Insbesondere kann der Mangel infolge freiwilliger Erfüllung heilen (Guhl/Merz/Kummer, S. 124 ff).

17) Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 58 zu Art 20 OR; von Tuhr/Peter, S. 229 f.

18) Becker, Band VI, N 11 zu Art 20 OR; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 111; Guhl/Merz/Kummer, S. 66; von Tuhr/Peter, S. 225.

2. Die einseitige Unverbindlichkeit bzw. die Anfechtbarkeit

Die klassische Lehre, wie sie besonders nachdrücklich von Oser/Schönenberger vertreten wurde, grenzt die Begriffe "Anfechtbarkeit" und "einseitige Unverbindlichkeit" deutlich voneinander ab¹⁹⁾:

a) Die Anfechtbarkeit (im engeren Sinne)

Als anfechtbar wird ein Rechtsgeschäft dann bezeichnet, wenn es zwar zunächst gültig ist, nachträglich aber durch Ausübung des Anfechtungsrechts mit rückwirkender Kraft unwirksam gemacht werden kann²⁰⁾. Diese Art der Anfechtbarkeit im engeren, technischen Sinn kennt das deutsche Recht etwa in §§ 142 ff BGB, sie findet namentlich Anwendung beim Vorliegen von Willensmängeln (§§ 119 ff BGB). Im schweizerischen Recht wird diese Sanktion beispielsweise in den Art 230 OR (Anfechtung einer Versteigerung) und Art 240 Abs 3 OR (Anfechtung einer Schenkung) vorgesehen²¹⁾.

b) Die einseitige Unverbindlichkeit²²⁾

Die einseitige Unverbindlichkeit (relative Nichtigkeit) kann als Unterart der Nichtigkeit bezeichnet werden²³⁾. Ein einseitig unverbindliches Rechtsgeschäft ist zunächst unwirksam, kann aber wirksam werden, wenn nicht binnen der vorgeschriebenen Frist eine Anfechtung vor-

19) Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 53 ff zu Art 20 OR, bzw. N 3 ff zu Art 31 OR.

20) Von Tuhr/Peter, S. 231.

21) Weitere Fälle der Anfechtung im engeren Sinn nach schweizerischem Recht siehe bei von Tuhr/Peter, S. 232.

22) Bei Guhl/Merz/Kummer, S. 139 wird die einseitige Unverbindlichkeit als eine "besonders geartete Anfechtbarkeit" bezeichnet.

23) Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 53 zu Art 20 OR.

genommen wird. Diese Art der Ungültigkeit steht das OR bei Verträgen vor, die mit einem Willensmangel (Irrtum, Täuschung, Drohung) behaftet sind, sowie auch im Falle einer Uebervorteilung²⁴⁾.

Von Bären misst der Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit i. e. S. und einseitiger Unverbindlichkeit keine praktische Bedeutung zu, obschon die juristische Konstruktion unterschiedlich gestaltet ist²⁵⁾. Der wesentliche Sachverhalt sei in beiden Fällen derselbe: Der zur Anfechtung berechtigte Kontrahent kann innerhalb einer bestimmten Frist durch eine schlichte Proklamation über die Ungültigkeit *ex tunc* des Rechtsgeschäfts entscheiden²⁶⁾. Das Ausbleiben der Anfechtung hingegen hat in jedem Falle konsolidierende Wirkung, d. h., das Rechtsgeschäft erlangt (endgültig) volle Verbindlichkeit. - Mit von Bären sind wir auch der Ansicht, dass die Begriffe "Anfechtung", bzw. "Anfechtbarkeit" am ehesten geeignet sind, diesen Sachverhalt klar auszudrücken²⁷⁾. Im folgenden verwenden wir den Begriff "Anfechtbarkeit" im hier dargelegten, weiteren Sinne.

III. Die Art der Ungültigkeit im Falle von Art 341 Abs 1 OR

Wir kommen hier zurück auf Schweingruber²⁸⁾, der in der Diskussion über die Rechtsfolgen (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit) eines gegen Art 341 OR verstossenden Vertrags eine vermittelnde Position einnimmt. Weitergehend hat sich etwa das Gewerbegericht der Stadt Bern in verschiedenen Entscheiden eindeutige für die Anfechtbarkeit ausgespro-

24) Ober Stufenberger, Zürcher Kommentar, Band V 1, N 5 zu Art 31 OR; von Tuhr Peter, S. 231.

25) Vgl. von Bären, OR Allgemeiner Teil, S. 224.

26) Von Tuhr Peter, S. 231.

27) Von Bären, OR Allgemeiner Teil, S. 224.

28) Siehe S. 159.

chen, so beispielsweise in seinem Urteil von 9.4.1963²⁹⁾: "Man beachte die Neuerung, die Art 323 Abs. 3 OR (1956, d. V.) mit Bezug auf die Saldoquittung und damit zusammenhängenden Fragen gebracht hat. Bis einen Monat nach Austritt bleibt eine Saldoquittung ungültig, bzw. anfechtbar. Nachher ist ein Zurückkommen nicht mehr möglich."³⁰⁾

Es sei hier auch noch an die bereits in anderem Zusammenhang zitierten Voten von Rednern im Nationalrat anlässlich der Beratung von Art 323 Abs 3 OR (1956) erinnert³¹⁾. Aus deren Ausführungen geht hervor, dass auch sie den während der Sperrfrist vereinbarten Vergleich lediglich als anfechtbar und keineswegs als nichtig betrachten wollten.

Im Gegensatz zu diesen Meinungen möchten wir hier die Ansicht vertreten, dass ein Verzicht, der vor Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, absolut nichtig ist. Folgende Argumente sollen diese Auffassung stützen:

1. Der Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung

Herrscht Unklarheit bei der Auslegung einer Gesetzesbestimmung, so muss geprüft werden, ob sich aus deren Sinn und Zweck eine Schlussfolgerung in der einen oder anderen Richtung ziehen lässt³²⁾.

- Der Sinn von Art 341 Abs 1 OR ist eindeutig; es handelt sich um eine Schutzvorschrift zugunsten des Arbeitnehmers: Der Gesetzgeber will den Arbeitnehmer während einer befristeten Zeit der besonderen Abhängigkeit vom Arbeitgeber schützen und die Durchsetzbarkeit von

29) Gew.G. Bern, JB 1963, S. 27.

30) Die vom Gericht hier vertretene Ansicht bezieht sich wohl auf den früheren Art 323 Abs 3 OR (1956), der lediglich die Unverzichtbarkeit von GAV-Ansprüchen behandelt. Bezüglich der Frage der Ungültigkeit besteht jedoch kein Unterschied zum heutigen Art 341 Abs. 1 OR.

31) Siehe S. 160.

32) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 192 ff zu Art 1 ZGB.

Forderungen, die sich aus zwingendem Gesetzesrecht oder aus einem GAV herleiten, gewährleisten. Aus diesem Grund soll der Arbeitnehmer nicht an einen Verzicht gebunden werden, den er mit dem Arbeitgeber während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung vereinbart hat.

Wir haben bereits früher dargelegt, dass die Abhängigkeit des Arbeitnehmers erstmals dann an Intensität verliert, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bekannt gegeben (durch die Kündigung) oder vereinbart wird. Die Angst vor dem Verlust der Stelle fällt nun zwangsläufig dahin. Weiter verringert sich die Abhängigkeit sukzessive von dem Tag an, da das Arbeitsverhältnis tatsächlich aufgelöst wird. Durch das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb entfällt die Pflicht zur persönlichen und betrieblichen Unterordnung. Aber selbst nach diesem Zeitpunkt müssen nach den aus der Praxis gewonnenen Erfahrungen gewisse Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers vermutet werden. Es sind beispielsweise folgende Fälle denkbar: Der Arbeitnehmer hat noch keinen neuen Arbeitsplatz gefunden und befürchtet negative Auskünfte des früheren Arbeitgebers bei der Bewerbung um eine neue Stelle. Oder es können im Laufe des Dienstverhältnisses noch andere Vertragsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet worden sein (z. B. Miete, Darlehen, Bürgschaft etc.), die noch weiter fortbestehen. Allenfalls muss der Arbeitnehmer sogar bewusste Schikanen von seiten des Arbeitgebers befürchten. Oder es ist an jene Fälle zu denken, da der Arbeitgeber die Auszahlung des Restguthabens bewusst hinauszögert, um sich den Arbeitnehmer gefügig zu machen³³⁾.

Angesichts dieser Gefahren wollte der Gesetzgeber der nachwirkenden Abhängigkeit – wenigstens für die Dauer eines Monats – Rechnung tragen und den Arbeitnehmer nicht an einen während dieser kritischen Zeit vereinbarten Verzicht binden. Es wäre nun nicht sehr lebensnah, wenn man gleichzeitig vom Arbeitnehmer verlangen würde, er müsse

33) Zur Frage der nachwirkenden Abhängigkeit siehe auch die Ausführungen S. 84.

dem Arbeitgeber aber noch vor Ablauf dieser kurzen Schutzfrist mitteilen, dass er sich nicht an den Verzicht halten wolle. Dies wäre aber seine Pflicht, wenn es sich bei der gesetzlichen Monatsfrist tatsächlich um eine Anfechtungsfrist handeln würde.

Nimmt man jedoch an, die Ungültigkeit einer Verzichtsvereinbarung, z.B. einer Saldoquittung, sei im Sinne der Nichtigkeit zu verstehen, so hat das in der Praxis auch eine Verstärkung der präventiven Wirkung von Art 341 Abs 1 OR zur Folge, indem sich der Arbeitgeber nun eher davon abhalten lässt, vom Arbeitnehmer während der Sperrfrist eine Verzichtserklärung zu verlangen; er kann nämlich nicht, wie im Falle der einseitigen Unverbindlichkeit, damit spekulieren, dass der Arbeitnehmer die Anfechtungsfrist ungenützt verstreichen lassen werde.

Schliesslich ist auch an jene Fälle zu denken, da ein Arbeitnehmer nicht aus Furcht, sondern in Unkenntnis seiner Ansprüche eine Saldoquittung unterzeichnet. Das kann beispielsweise bei einem umfassenden GAV mit zahlreichen Einzelbestimmungen der Fall sein. Es lässt sich nun ohne weiteres vorstellen, dass der Arbeitnehmer erst eine gewisse Zeit nach Aufgabe seiner früheren Stelle - z.B. aufgrund von Hinweisen eines Gewerkschaftsvertreters am neuen Arbeitsort - in Erfahrung bringt, was er eigentlich noch hätte fordern können. - Auch unter diesem Aspekt müsste eine Anfechtungsfrist von lediglich einem Monat als allzu kurz bemessen gelten.

Von den Befürwortern der blossen Anfechtbarkeit wird etwa ins Feld geführt, durch die Annahme der Nichtigkeit werde ein andauernder Zustand der Unsicherheit geschaffen, und man dürfe es dem Arbeitgeber nicht zumuten, dass ein Arbeitnehmer noch nach Jahr und Tag, möglicherweise aus Schikane, Ansprüche geltend machen könne, auf die er früher bereits verzichtet und die er monatelang in keiner Weise geltend gemacht hatte³⁴⁾. - Dieser Einwand ist ohne Zweifel begründet. Wir möchten des-

34) Siehe dazu die bei Schweingruber, Gewerkschaftliche Rundschau, 1972, S. 155 ff zitierten Urteile des Gew.G. Bern.

halb hier vorwegnehmen, dass trotz Nichtigkeit der früheren Verzichtvereinbarung der Arbeitgeber ein Mittel in der Hand hält, um sich gegen unzumutbar verspätete, gegen Treu und Glauben verstossende Nachforderungen des Arbeitnehmers zur Wehr zu setzen: er kann die Einrede der Verwirkung in Anwendung von Art 2 Abs 2 ZGB erheben³⁵⁾.

Nach unserer Ansicht scheint die Nichtigkeit die dem Zweck und Sinn des Gesetzes am ehesten zu entsprechende Sanktion zu sein: Das Gesetz will erreichen, dass Verzichte, soweit sich diese auf die von der Rechtsordnung besonders gestützten Forderungen beziehen, erst in einem Zeitpunkt vereinbart werden können, da in der Regel auch eine nachwirkende Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht mehr befürchtet werden muss. Die blossе Anfechtbarkeit könnte hingegen die angestrebte Durchsetzung der Schutzbestimmung von Art 341 Abs 1 OR nicht ausreichend gewährleisten.

2. Der Unterschied im Vergleich zu Art 226c Abs 1 OR (Abzahlungsvertrag)

Von den Befürwortern der Anfechtbarkeit eines entgegen Art 341 Abs 1 OR vereinbarten Verzichts wird unter anderem das Argument geltend gemacht, die Zulässigkeit ihrer Interpretation könne auch per analogiam, d.h. aus dem vergleichweisen Bezug der Bestimmung von Art 226c Abs 1 OR betreffend den Abzahlungsvertrag hergeleitet werden³⁶⁾. Abs. 1 dieses Artikels lautet wie folgt:

"Der Abzahlungsvertrag tritt für den Käufer erst fünf Tage nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels in Kraft. Innerhalb dieser Frist kann der Käufer dem Verkäufer schriftlich seinen Verzicht auf den Vertragsabschluss erklären. Ein im voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist unverbindlich. Die Postaufgabe der Verzichtserklärung am letzten Tag der Frist genügt."

35) Näheres zur Frage der Verwirkung siehe in § 13.

36) Siehe Schweingruber, Kommentar, S. 320.

Aufgrund dieser Bestimmung ist ein Abzahlungsvertrag während der ersten fünf Tage nach dem Abschluss einseitig unverbindlich. Die Dauer dieser Unverbindlichkeit kann als Anfechtungsfrist bezeichnet werden; die juristische Konstruktion ist ähnlich wie beispielsweise jene von Art 31 OR (Anfechtung bei Willensmängeln)³⁷⁾. Der Abzahlungsvertrag wird abgeschlossen unter Vorbehalt der Resolutivbedingung³⁸⁾, dass der Käufer nicht innert den darauffolgenden 5 Tagen seinen Verzicht erklärt.

Es ist zuzugeben, dass bezüglich der beiden Gesetzesbestimmungen von Art 341 Abs 1 und Art 226 c Abs 1 OR einige Gemeinsamkeiten festgestellt werden können. In beiden Fällen handelt es sich um eine Schutznorm zugunsten der in der Regel schwächeren Vertragspartei: Diese soll in Abweichung vom Grundsatz "pacta sunt servanda" nicht an ihr Akzept gebunden werden. Giger führt dazu aus³⁹⁾: "Die Vertragstreue verdient ... dort keinen absoluten Schutz mehr, wo das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien allzu eindeutig zugunsten des Abzahlungsgläubigers ausfällt, und der Schuldner vor seiner eigenen Schwäche zu schützen ist. Die Vertragstreue gerät hier mit einem erhöhten Sozialschutz in Konflikt."⁴⁰⁾ Diese Aussagen stimmen weitgehend überein mit unseren Ausführungen über die Einschränkung der Privatautonomie im Arbeitsrecht zum Schutze des schwächeren Vertragspartners, d.h. des Arbeitnehmers⁴¹⁾.

Möchte man als weitere Gemeinsamkeit die Tatsache hervorheben, dass in beiden Fällen von einem "Verzicht"⁴²⁾ die Rede ist, so bedarf es hier

37) Stofer, S. 80.

38) Zum Begriff "Resolutivbedingung" siehe Becker, N 19 und 20 vor Art 151 OR.

39) Giger, S. 41.

40) Vgl. dazu auch Guhl/Merz/Kummer, S. 307 sowie Stofer, S. 19 f.

41) Siehe S. 76 ff.

42) Tatsächlich wird in Art 226c Abs 1 OR zweimal von einem "Verzicht" gesprochen. Im dritten Satz dieses Absatzes wird der Verzicht auf die "Verzichtsmöglichkeit" ausgeschlossen. Eine dahingehende Verzichtsabrede zwischen Käufer und Verkäufer wäre zweifellos nichtig, d.h. sie würde einem Rücktritt des Käufers vom Abzahlungsvertrag - innerhalb von fünf Tagen nach Erhalt des Vertrags-

der Einschränkung, dass diese Uebereinstimmung nur dem Wortlaut, aber nicht der Sache nach besteht. Im Falle von Art 226c Abs 1 OR ist die "Verzichtserklärung" als Gestaltungsrecht zu verstehen, das durch eine empfangsbedürftige, schriftliche Erklärung ausgeübt werden kann⁴³⁾. Bei Art 341 Abs 1 OR dagegen handelt es sich, wie bereits früher festgestellt worden ist⁴⁴⁾, nicht um einen (einseitigen) Verzicht im technischen Sinne, sondern um eine zweiseitige Vereinbarung, welche den Untergang einer Forderung zur Folge hat. - Dieser Unterschied vermag allerdings noch nicht, den fraglichen Analogieschluss zu entkräften; es muss noch näher auf die beiden Bestimmungen eingegangen werden. Insbesondere sind die Gründe darzulegen, weshalb das Gesetz in den beiden Fällen eine Schutzbedürftigkeit der einen Vertragspartei angenommen hat.

Beim Abschluss eines Abzahlungsvertrages liegt die besondere Gefahr darin, dass sich häufig ein relativ unerfahrener und beeinflussbarer Käufer auf der einen Seite und ein versierter Verkäufer (man denke dabei an den hinlänglich bekannten Typ des "gerissenen" Vertreters) auf der anderen Seite gegenüberstehen⁴⁵⁾. Dabei muss zusätzlich der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Vertragsurkunden in der Regel recht umfangreich und für den Laien nicht immer leicht verständlich gestaltet sind⁴⁶⁾. Diese Gründe führen denn dazu, dass sich der Käufer oft zum Abschluss eines Vertrages überreden lässt, der eigentlich gar nicht seinem wirklichen Willen entspricht. Für diese Situation will das Gesetz nun gewisse Schutzvorkehrungen treffen; als geeignetste Lösung erwies sich dabei eine Bestimmung, die dem Käufer auch nach der Unterzeichnung des Abzahlungsvertrages noch eine kurze Bedenkfrist zugesteht. In dieser Zeit soll er sich nochmals die Zweckmässigkeit der

doppels - nicht entgegenstehen. - In diesem Punkt besteht eine Analogie zu Art 341 OR. Gemäss Art 362 Abs 2 OR wäre eine Abrede, die die Anwendung des Verzichtsverbotes wegbedingt, nichtig.

43) Stofer, S. 79; Giger, S. 168 f.

44) Siehe S. 14 und S. 123.

45) Giger, S. 41.

46) Stofer, S. 20.

geplanten Anschaffung sowie seine Finanzierungsmöglichkeiten überlegen und in Ruhe die einzelnen Vertragsbedingungen studieren können.

Lässt der Käufer dann die Frist ungenutzt, d.h. ohne Abgabe einer Verzichtserklärung verstreichen, so tritt der Vertrag in Kraft, und allfällige Nachteile müssen dem eigenen Versäumnis zugeschrieben werden.

Ein anderer Sachverhalt zeigt sich im Fall der Schutzbestimmung von Art 341 Abs 1 OR. Das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist viel intensiverer Natur als die Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer, und vor allem ist es auf eine mehr oder weniger lange Zeitdauer ausgelegt. Es wurde bereits wiederholt hervorgehoben, dass dieses Verhältnis durch eine gewisse Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gekennzeichnet sei, die nicht ohne weiteres schon bei der Auflösung des Arbeitsvertrages zu Ende gehe. Mit Rücksicht auf diese "typische" Abhängigkeit hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, den Arbeitnehmer (befristet) gegen seine eigenen Dispositionen (Verzicht auf "zwingende" Forderungen) zu schützen. Auch dem Umstand des Nachwirkens der Abhängigkeit vom Arbeitgeber hat er Rechnung getragen und die Sperrfrist von Art 341 OR um einen Monat über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus verlängert.

Die Funktionen der beiden hier zur Diskussion stehenden Gesetzesvorschriften können demnach nicht miteinander verglichen werden. Die Bestimmung von Art 226c OR betreffend den Abzahlungsvertrag ist bloss auf eine momentane Situation hin ausgerichtet, nämlich auf den Zeitpunkt, da sich die Parteien in direktem Kontakt gegenüberstehen⁴⁷⁾. Das Gesetz wendet sich mit Art 226c Abs 1 OR nicht gegen den von ihm selbst geregelten Abzahlungsvertrag als solchen; es will lediglich Einfluss neh-

(47) Die Ueberlegenheit des Verkäufers ist ja nur auf die kurze Zeit des Verkaufsgesprächs beschränkt, während der er seine "Ueberredungskünste" ausspielen kann. Nach der Unterzeichnung des Abzahlungsvertrages hat er keinen Einfluss mehr auf den Käufer; dieser muss für den Fall seines Rücktrittes - anders als der Arbeitnehmer - keine allfälligen Nachteile befürchten.

men auf die Umstände des Vertragsabschlusses, um auf diesem Weg über-
eilte Vereinbarungen zu verhindern⁴⁸⁾.

Im Gegensatz dazu stellt Art 341 OR ein Verbot auf, das seine Wirkung während einer längeren Zeitspanne entfaltet. Daraus wird ersichtlich, dass das Gesetz nicht auf die Art und Weise des Zustandekommens eines Verzichtsvertrages Einfluss nehmen will, sondern es möchte derartige Vereinbarungen an sich verunmöglichen bzw. verbieten, zumindest soweit sich diese auf Forderungen aus unabdingbaren Vorschriften herleiten. Damit sollen dem Arbeitnehmer diejenigen Ansprüche erhalten bleiben, die im modernen Arbeitsvertragsrecht als unerlässlich und unabdingbar betrachtet werden.

Es ist zu beachten, dass das Gesetz ganz allgemein in der Regel dann die Sanktion der Nichtigkeit, d.h. der absoluten Ungültigkeit wählt, wenn es das Zustandekommen eines Vertrages wegen dessen Inhaltes verhindern will. Wenn es bloss die näheren, besonderen Umstände der Entstehung einer Vereinbarung missbilligt, beschränkt es sich auf die Sanktion der Anfechtbarkeit bzw. der einseitigen Unverbindlichkeit⁴⁹⁾. Dies ist beispielsweise der Fall beim Vorliegen eines Irrtums, einer Täuschung oder einer Drohung.

Fassen wir nochmals zusammen: Art 226c Abs 1 OR gibt der "schwächeren" Vertragspartei das "Recht", innerhalb einer bestimmten Frist von einem bereits ausgehandelten Vertrag zurückzutreten. Bei Art 341 OR handelt es sich dagegen um ein Verbot, einen bestimmten Vertrag, nämlich einen Erlassvertrag, während der Sperrfrist überhaupt abschliessen zu dürfen.

Berücksichtigt man die hier erwähnten Unterschiede zwischen den Art 226c und 341 OR bezüglich Sachverhalt und juristischer Konstruktion,

48) Giger, S. 167.

49) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 223.

scheint für einen Analogieschluss bezüglich der Rechtsfolge kein Raum mehr zu bleiben.

IV. Schlussfolgerung

Aus Sinn und Zweck der Bestimmung von Art 341 OR leiten wir ab, dass ein Verzicht des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und auch während eines Monats nach dessen Beendigung absolut ungültig ist. Aus der Nichtigkeit ergeben sich folgende Konsequenzen⁵⁰⁾:

Eine Art 341 Abs 1 OR widersprechende Verichtsvereinbarung bleibt auch nach Ablauf der Sperrfrist ungültig, denn im Gegensatz zu den einseitig unverbindlichen Verträgen können nichtige Vereinbarungen nicht konvaleszieren, d.h. nicht nachträglich gültig werden. Ein ungültiger Verichtsvertrag kann auch nicht durch eine einseitige, ausdrückliche oder stillschweigende Willensäußerung nachträglich genehmigt werden. Sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach Ablauf eines Monats nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiterhin an einer Verichtsvereinbarung interessiert, so ist es unumgänglich, dass ein neuer Vertrag (mit neuen, beidseitigen Willenserklärungen) abgeschlossen wird.

50) Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen betreffend die Rechtsfolgen der Nichtigkeit S. 161 f.

§12 ART 341 OR UND DAS "STILLSCHWEIGEN
DES ARBEITNEHMERS"¹⁾

I. Abgrenzung und Problemstellung

Das Schweigen des Arbeitnehmers kann unter zwei verschiedenen Aspekten betrachtet werden:

In den bisherigen Ausführungen sind wir zum Schluss gekommen, dass eine entgegen Art 341 OR zustande gekommene Verichtsvereinbarung nichtig sei und auch nach Ablauf der Sperrfrist nicht gültig werden könne. Forderungen, auf die der Arbeitnehmer während der Sperrfrist verzichtet hat, bleiben deshalb weiterhin bestehen, ohne dass er durch irgendwelche Erklärungen – etwa durch eine Anfechtung – dem Arbeitgeber mitteilen müsste, er wolle die seinerzeitige Verichtsvereinbarung nicht gelten lassen. Betrachtet man nun das Schweigen des Arbeitnehmers vorerst nur unter dem Aspekt des Nicht-Tätigwerdens, namentlich des Unterlassens einer Anfechtung, so vermag es die Position des Berechtigten in keiner Art und Weise zu schmälern; das Schweigen des Arbeitnehmers ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

Eine andere Situation ergibt sich dann, wenn man die Frage stellt, ob dem Schweigen die Qualität einer (neuen) Willensäußerung zugemessen werden kann oder muss. Es ist hier daran zu erinnern, dass nach Ablauf der Sperrfrist ein Verzicht auf jede Art von Forderungen des Arbeitnehmers – also auch auf die durch Art 341 OR besonders geschütz-

1) Diese Formulierung des Titels wurde namentlich in Anlehnung an eine Arbeit von Paul Steiner gewählt, deren Ueberschrift lautet: "Das Schweigen des Arbeitnehmers". Sie findet sich in der Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen, (Beiträge zum Wirtschaftsrecht, S. 273 bis 289). Steiner umschreibt das dabei behandelte Problem wie folgt: "Welche rechtliche Bedeutung kommt dem Stillschweigen des Arbeitnehmers auf eine Rechtshandlung des Arbeitgebers zu, die zu seinen Ungunsten vom Gesetz, von der allgemeinen Uebung und von dem zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrag abweicht?" (S. 274)

ten Ansprüche – ohne weiteres zulässig ist. Demnach wird es in der Folge um die Abklärung gehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen das spätere Schweigen des Arbeitnehmers als Akzept einer Verzichtsoffer oder besser einer Erlassofferte ausgelegt werden kann. Insbesondere wird auf die Frage einzugehen sein, ob dem Umstand, dass der Arbeitnehmer während der Sperrfrist bereits einen (allerdings ungültigen) Verzicht ausgesprochen hat, eine besondere Bedeutung zukommen könne.

Wie Steiner in seiner bereits zitierten Arbeit einleitend ausführt, stösst man in der arbeitsrechtlichen Praxis immer wieder auf "Tatbestände, in denen der Streit darum geht, ob dem Schweigen des Arbeitnehmers eine rechtliche Bedeutung zukomme"²⁾. Dementsprechend finden sich auch in der Judikatur zahlreiche Fälle, die sich mit dieser Frage auseinandersetzen³⁾. Es fällt dabei allerdings auf, welche unterschiedliche Konstruktionen die Gerichte anwenden, um dem Problem beizukommen, und wie sorglos oft die Abgrenzung, namentlich gegenüber der Verwirkung einerseits⁴⁾ und dem Irrtum andererseits, durchbrochen wird⁵⁾. – Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, unter Berücksichtigung des Verzichtverbotes von Art 341 OR, einige allgemein gültige Hinweise zur Behandlung dieser Frage aufzuzeichnen. Wir möchten es dabei vermeiden, einer allzu abstrakten "Konstruktions-Jurisprudenz" zu verfallen⁶⁾.

-
- (2) Steiner, S. 273; ferner auch Schirmer, S. 45 ff., Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 43 und Weder, S. 218.
 - (3) Vgl. hierzu die in diesem Kap. zitierten Entscheide.
 - (4) Bezüglich dieser Gefahr vgl. Merz, Berner Kommentar, N 514 zu Art. 2 ZGB.
 - (5) Auf ähnliche Verhältnisse in der deutschen Rechtsprechung verweisen Soergel/Siebert in "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" Band 2, Schuldrecht I, 1967, N 7 zu § 397 BGB.
 - (6) Der Praktiker mag sich bereits an der Tatsache stossen, dass der Verzicht nach geltendem Recht nur in der Form des Erlassvertrages möglich ist und dass demnach korrekterweise stets eine Erlassofferte und ein Erlassakzept notwendig sind. Vgl. hierzu auch von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 357.

II. Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss im Allgemeinen

1. Der Begriff "Schweigen"

Gemäss Art 1 Abs 2 OR können die für das Zustandekommen eines Vertrages notwendigen, gegenseitigen Willensäusserungen "ausdrücklich" oder "stillschweigend" erfolgen.

Als ausdrückliche Willensäusserungen bezeichnet man im allgemeinen jene Handlungen, die unmittelbar dem Erklärungszweck dienen⁷⁾. Die ausdrücklichen Willensäusserungen werden in der Rechtswissenschaft gewöhnlich als "Willenserklärungen" bezeichnet⁸⁾. Dabei wird ein Willensentschluss in gesprochene Worte gefasst, niedergeschrieben oder es wird ihm in der Form von verkehrsüblichen Gebärden Ausdruck verliehen (z. B. durch Handschlag). In diesem Sinn kann selbst das Schweigen zu den ausdrücklichen Willensäusserungen gezählt werden, nämlich dann, wenn man unter "Schweigen" ein wortloses Verhalten verstehen will, das ausschliesslich dem Zwecke des Erklärens dient.

Die zweite Form der Willensäusserung wird vom Gesetz als "stillschweigend" bezeichnet. In der Literatur werden hiefür allerdings meist die Begriffe "Willensäusserungen durch konkludentes Verhalten" oder "Willensbetätigungen" verwendet. Gemeint ist dabei stets jener Sachverhalt, da auf Grund eines bestimmten aktiven oder passiven Verhaltens, welches zwar primär auf einen andern Zweck ausgerichtet ist, vernünftigerweise, gemäss der Lebenserfahrung oder der Verkehrsübung, auch auf das Vorhandensein eines entsprechenden Geschäftswillens geschlossen werden muss. In diesem Sinn kann das Stillschweigen als eine

7) Vgl. hierzu Savigny, "System des heutigen Römischen Rechts" III (1840), S. 242.

8) Guhl/Merz/Kummer, S. 107; von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 15.

besondere Form der Willensäußerung durch konkludentes Verhalten auftreten. Ob in einem konkreten Fall einem Stillschweigen die Qualität einer Willensäußerung zukommt, und wie gegebenenfalls der Inhalt dieser Willensäußerung zu bestimmen ist, entscheidet sich nach den Richtlinien von Treu und Glauben, d.h. nach den sog. Vertrauensgrundsätzen⁹⁾.

2. Das Schweigen auf eine Offerte

Den wohl häufigsten Anwendungsfall, der eine nähere Analyse des Stillschweigens notwendig macht, dürfte das passive Verhalten des Empfängers einer Offerte darstellen. Mit anderen Worten, es handelt sich um das Akzept durch konkludentes, passives Verhalten. In diesem Zusammenhang wird oft ein Grundsatz aus dem kanonischen Recht beigezogen: "qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit". Meist wird dabei allerdings nur der erste Teil des Satzes zitiert, und der zweite, aber unerlässliche Teil, auf dem das Hauptgewicht liegt, bleibt unerwähnt¹⁰⁾.

Auszugehen ist von der Regel, dass dem Stillschweigen auf eine Offerte im allgemeinen keine Bedeutung zukommt ("Wer schweigt, erklärt nicht") und dass es demnach nicht als Akzept zu betrachten ist¹¹⁾. Die Ausnahmen von diesem Prinzip finden sich in Art 6 OR formuliert:

"Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird."

Es werden hier also jene Fälle aufgeführt, da das Schweigen aus der Sphäre des rein Passiven hervorzutreten vermag und damit als Aus-

9) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 136; Guhl/Merz/Kummer, S. 116.

10) Steiner, S. 279, sowie die dort zitierten Autoren von Tuhr/Siegwart, S. 154 und Schläpfer, S. 69 bzw. S. 82; ferner BGE 30 II 301.

11) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 136.

druck der Bejahung und des Einverständnisses erscheint. Gemäss Art 6 OR kann das Stillschweigen auf eine Offerte dann als Akzept gewertet werden, wenn sich diese Vermutung:

- a) aus der besonderen Natur des Geschäftes oder
- b) nach den Umständen rechtfertigt¹²⁾.

Ein Stillschweigen kann aber nicht nur als Akzept, sondern auch als eine den Antrag ablehnende Willensbetätigung in Erscheinung treten. Genau genommen kann man also erst dann eine Anwendung von Art 6 OR in Betracht ziehen, wenn nach den Umständen feststeht, dass die Offerte nicht stillschweigend abgelehnt worden ist¹³⁾. - Trotz dieses Vorbehaltes scheint eine getrennte Behandlung dieser beiden Fragen nicht unbedingt notwendig, da in beiden Fällen dieselben, auf dem Vertrauensprinzip aufbauenden Entscheidungsrichtlinien anzuwenden sind. Im Folgenden sei deshalb die Beschränkung auf das Problem des stillschweigenden Akzeptes gestattet.

III. Das Schweigen des Arbeitnehmers auf eine Erlassofferte des Arbeitgebers¹⁴⁾

Uns geht es hier um die Anwendung der oben erwähnten, allgemeinen Grundsätze auf den besonderen Fall des stillschweigenden "Verzich-

12) Vgl. hierzu den Vorschlag für eine Neuformulierung von Art 6 OR von M.J. Schläpfer in "Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach Schweizerischem Recht", Diss. Zürich 1937, S. 38.

13) Von Tuhr/Siegwart, S. 180.

14) An sich ist es denkbar, dass die Verzichts-Offerte vom Arbeitnehmer ausgeht und vom Arbeitgeber akzeptiert wird. Da in der Regel jedoch das Interesse am Erlass von Schulden (hier Forderungen des Arbeitnehmers) beim Schuldner liegt, dürfen wir uns hier auf jene Fälle beschränken, wo die Erlassofferte, in welcher Form auch immer, vom Arbeitgeber ausgeht.

tes" durch den Arbeitnehmer. Es soll insbesondere geprüft werden, wann die Voraussetzungen vorhanden sind, die das Schweigen des Arbeitnehmers als Annahme einer vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Erlassofferte erscheinen lassen.

1. Die besondere Natur des Geschäftes

Die Vermutung, ein Stillschweigen habe als Akzept zu gelten, besteht vorerst in jenen Fällen, da eine besondere Gesetzesnorm dem Stillschweigen diese Bedeutung zumisst. Hierzu gehört beispielsweise die Bestimmung von Art 395 OR aus dem Auftragsrecht¹⁵⁾. Ferner spricht die "besondere Natur des Geschäftes" dann für die Vermutung des stillschweigenden Akzepts, wenn sich das vorgeschlagene Geschäft einseitig oder doch überwiegend zu Gunsten des Adressaten des Antrages auswirken soll.

Weder im Arbeitsvertragsrecht noch anderswo lässt sich eine Gesetzesbestimmung finden, die den Arbeitnehmer zu einer ausdrücklichen Ablehnung einer Erlassofferte auffordert¹⁶⁾. Auch wird ein (angebotener) Verzicht dem Arbeitnehmer in der Regel keine einseitigen oder überwiegenden Vorteile sondern viel eher Nachteile bringen. Somit spricht die Natur des Rechtsgeschäftes nicht für, sondern gegen die Vermutung einer stillschweigenden Annahme der Erlassofferte; mit anderen Worten ausgedrückt lässt sich festhalten, dass ein Verzichtsangebot von Seiten des Arbeitgebers in aller Regel der ausdrücklichen Annahme durch den Arbeitnehmer bedarf¹⁷⁾.

15) Art 395 OR: "Als angenommen gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat."

16) Vgl. hierzu ZR 47, Nr. 144, Erw. 4, S. 349 (Urteil des Gewerbegerichts Zürich).

17) Steiner, S. 279, Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, S. 43.

2. Die näheren Umstände

Aus Art 6 OR geht hervor, dass neben oder an Stelle der besonderen Natur des Rechtsgeschäftes auch die näheren Umstände die Vermutung rechtfertigen können, es liege ein Akzept durch Stillschweigen vor. Wenn im Gesetz auf die "Würdigung der Umstände" verwiesen wird, will das gemäss Art 4 ZGB heissen, dass die allgemeinen Prinzipien von "Recht und Billigkeit" sowie das in Art 2 ZGB verankerte Vertrauensprinzip¹⁸⁾ als Massstab beigezogen werden müssen¹⁹⁾. Wenden wir nun das Vertrauensprinzip auf unsere Frage, d.h. auf das Problem des Stillschweigens des Arbeitnehmers an, so lassen sich gewisse generelle Regeln ableiten und formulieren, beispielsweise in der folgenden Art:

- a) Ein stillschweigendes Akzept wird in jenen Fällen vorliegen, wo das passive Verhalten des Arbeitnehmers einerseits vom Arbeitgeber subjektiv als Zustimmung zu seiner Erlassofferte aufgefasst wurde und sich andererseits diese Auffassung unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse auch in objektiver Hinsicht rechtfertigen lässt.
- b) "Das Schweigen (des Arbeitnehmers) hat dann als Zustimmung (zur Erlassofferte) zu gelten, wenn der Arbeitnehmer nach Recht und Billigkeit, nach Treu und Glauben im Falle des Nicht-Einverständnisses zu einem Widerspruch verpflichtet gewesen wäre."²⁰⁾

Die zweite Fassung findet sich in Judikatur und Literatur häufiger²¹⁾. Wir möchten jedoch hier der ersten Formulierung den Vorzug geben,

18) Meier-Hayoz, Vorlesung, S. 75.

19) Schläpfer, S. 69; ZR 27, Nr. 191, S. 370.

20) Steiner, S. 279.

21) z.B. Schläpfer, S. 69; Becker, Berner Kommentar, Band VI, 1, N 39 zu Art 1 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V, 1, N 63 zu Art 1 OR.

da sie eher geeignet erscheint, die notwendige - in der Praxis oft vernachlässigte - Abgrenzung zwischen Verwirkung und Verzicht kenntlich zu machen²²⁾.

Es dürfte nun jedoch kaum zweckmässig sein, hier eine Aufzählung von Umständen und Fakten anzuführen, die im Einzelfall auf einen Verzichtswillen schliessen lassen. Immerhin möchten wir im folgenden Abschnitt einen Sonderfall herausgreifen, der in Verbindung mit Art 341 Abs 1 OR zu behandeln ist.

IV. Das Schweigen und die vorausgehende Verzichtsabrede

1. Sachverhalt

Es geht hier um die folgende, für die Praxis bedeutsame Frage²³⁾: Kann der Umstand, dass - beispielsweise bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - Verzichtsverhandlungen geführt oder gar Verzichtsabreden getroffen worden sind, dazu führen, dass das Stillschweigen des Arbeitnehmers nach Ablauf der Sperrfrist von Art 341 OR als Verzicht, oder besser als Verzichtsakzept aufgefasst werden darf und muss?

Es ist hier etwa an jene Situation zu denken, da ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer am letzten Tag der Anstellungszeit über die verbleibenden Forderungen und Gegenforderungen sprechen. Die darauf folgende Einigung der Parteien enthält unter anderem auch den Verzicht auf unabdingbare Forderungen.

22) Siehe hierzu unsere Kritik S. 189 und 207.

23) Schweingruber widmet in seiner Kommentierung von Art 341 OR, dieser Frage einen besonderen Abschnitt: "6. Stillschweigen nach Ablauf der Nachfrist. Annahme eines endgültigen verbindlichen Verzichts?", siehe Kommentar S. 319 f.

Diesen Sachverhalt wollen wir als gemeinsame Ausgangslage für die nachfolgenden Fälle A und B festhalten:

2. Fall A:

Der Arbeitgeber wiederholt seine Erlassofferte

Der Arbeitgeber kennt die Bestimmung von Art 341 OR; er wiederholt deshalb nach Ablauf der Sperrfrist seine Verzichtsofferte und lässt dem Arbeitnehmer beispielsweise folgende Erklärung zugehen: "Ich komme zurück auf unsere Besprechung am letzten Tage Ihrer Anstellung und gehe nunmehr davon aus, dass Sie auf weitere Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verzichten." - Dem Arbeitnehmer gelangt nun diese Erklärung zu Kenntnis; er unterlässt es aber, in irgendeiner Form darauf zu reagieren.

Wie darf nun der Arbeitgeber dieses Stillschweigen des Arbeitnehmers interpretieren? Wenn keine besonderen Umstände hinzu treten²⁴⁾, muss sich der Arbeitnehmer in einem solchen Fall sein früheres Verhalten anrechnen lassen, d.h. der Arbeitgeber darf nach Treu und Glauben das Schweigen als Zustimmung zum Erlass und damit als Verzicht auffassen. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus Art 6 OR, bzw. aus dem Vertrauensprinzip²⁵⁾. Es ist selbstverständlich, dass sich dieses Ergebnis in vermehrtem Masse dann aufdrängt, wenn der Arbeitgeber als Gegenleistung zum Verzicht dem Arbeitnehmer irgendwelche Vorteile zukommen liess oder in Aussicht gestellt hat, z.B. Mithilfe bei der Suche nach einer neuen Anstellung, Verzicht auf eine Schadenersatzklage, Aufhebung eines Konkurrenzverbotes etc.

24) In Frage kommen hierbei namentlich solche Umstände, die gegen die "Freiwilligkeit" des seinerzeitigen Verzichts des Arbeitnehmers sprechen, also beispielsweise Druckversuche von Seiten des Arbeitgebers, die Verheimlichung von Ansprüchen etc.

25) Siehe S. 177 ff.

Es ist darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall mit der neuen Offerte des Arbeitgebers ein neuer Erlassvertrag eingeleitet wird, der mit dem stillschweigenden Akzept des Arbeitnehmers Gültigkeit erlangt. Das frühere Verhalten der Parteien während der Sperrfrist ist hier lediglich als ergänzender Erklärungstatbestand neben den späteren Willensäusserungen der Parteien zu beachten; allerdings weist es klar in die angegebene Richtung.

3. Fall B:

Sowohl Arbeitnehmer wie Arbeitgeber verhalten sich stillschweigend

Im Gegensatz zum vorausgehenden Fall enthält sich hier der Arbeitgeber irgendwelcher späterer Aeusserungen oder Erklärungen. Erst dann, wenn der Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf Art 341 Abs 1 OR seine Forderungen entgegen der früheren Absprache geltend machen will, hält ihm der Arbeitgeber ausser der formellen Verzichtserklärung (z.B. Saldoquittung) auch sein späteres Stillschweigen entgegen.

Bevor hier die Frage nach einem nachträglichen stillschweigenden Akzept behandelt werden kann, ist abzuklären, ob in einem derartigen Fall überhaupt eine Erlassofferte des Arbeitgebers vorliegt, die der Arbeitnehmer hätte annehmen können; also entweder eine neue stillschweigende Offerte, oder eine stillschweigend über die Sperrfrist hinaus aufrechterhaltene Offerte.

Die erste Annahme, nämlich das Vorliegen eines neuen Antrags, bei völlig passivem Verhalten des Arbeitgebers, ist wirklichkeitsfremd und muss nicht näher behandelt werden. Aber auch die Möglichkeit des Fortbestehens der früher unterbreiteten Offerte über die Dauer der Sperrfrist hinaus ist abzulehnen, denn das hiesse nichts anderes, als dass nichtige Verträge – wie z.B. eine gegen Art 341 OR verstossende Verzichtseinbarung²⁶⁾ – durch Zeitablauf Gültigkeit erlangen könnten. Ein nichti-

26) Zur Nichtigkeit als Rechtsfolge eines Verstosses gegen Art 341 OR siehe S. 173.

ges Rechtsgeschäft ist jedoch unheilbar und kann nicht konvaleszieren²⁷⁾, selbst dann nicht, wenn – wie hier angenommen – der Arbeitgeber in guten Treuen annehmen durfte, der Arbeitnehmer habe durch Unterzeichnung der (ungültigen) Saldoquittung ohne Zwang und endgültig auf seine Forderungen verzichten wollen. Ob der gute Glaube des Arbeitgebers in bestimmten Fällen dazu führt, dass späteren Forderungen des Arbeitnehmers die Einrede der Verwirkung entgegen gehalten werden kann, wird in § 13 behandelt²⁸⁾.

Unsere Schlussfolgerungen, die aus allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung abgeleitet wurden, decken sich auch mit dem Zweck der Bestimmung von Art 341 OR: Nähme man an, dass ein ungültiger Verzicht nach Ablauf der Sperrfrist konvaleszieren könnte²⁹⁾, würde einer Umgehung dieser Gesetzesbestimmung wohl Tür und Tor geöffnet. Vor allem der illoyale Arbeitgeber wäre versucht, in jedem Fall eine Saldoquittung zu erlangen, da er sich Hoffnung machen könnte, gegenüber Nachforderungen des Arbeitnehmers mit der Einrede des stillschweigenden, späteren Verzichts durchzudringen.

27) Siehe S. 162, insbes. Anm. 15) und 16).

28) Siehe § 13, S. 205 ff.

29) In diesem Zusammenhang kann auf folgende Möglichkeit hingewiesen werden: Die Parteien vereinbaren einen bedingten Erlass in dem Sinne, dass der Verzichtsvertrag erst nach Ablauf der Sperrfrist in Kraft treten solle, und zwar nur unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer nicht vorher seine Zustimmung widerrufen werde. Ein Entscheid, ob ein derartiger Vertrag als unzulässiges Umgehungsgeschäft zu gelten habe, ist wohl nur im konkreten Einzelfall möglich.

§ 13 DAS VERZICHTSVERBOT UND DIE VERWIRKUNG

I. Zum Begriff der Verwirkung

Sowohl im alltäglichen wie auch im juristischen Sprachgebrauch wird der Begriff "Verwirkung" in verschiedenem Zusammenhang und für unterschiedliche Sachverhalte verwendet. In der schweizerischen Lehre ist bezüglich dieses Begriffs ein eigentlicher Theorienstreit festzustellen, den wir im folgenden kurz darlegen wollen:

Nabholz unterscheidet zwischen einer "Verwirkung nach schweizerischem Recht" und einer "Verwirkung nach deutschem Recht"¹⁾. Die Verwirkung nach schweizerischem Recht definiert er "als den Untergang eines subjektiven Rechts infolge Ablaufs der (bestimmten, d.V.²⁾) Frist, die entweder dem Rechte selbst oder einer zu dessen Ausübung unerlässlichen Rechtshandlung gesetzt ist. Die deutsche Verwirkung hingegen, führt er weiter aus, knüpfe den Untergang eines Rechts an den Zeitablauf, ohne dass die Dauer der Frist zum vorneherein bestimmt sei; diese müsse in jedem Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände individuell bestimmt werden³⁾. In gleichem Sinne wie Nabholz definieren namentlich auch von Tuhr/Escher⁴⁾ und von Büren⁵⁾ den Begriff der Verwirkung.

1) Nabholz, S. 72 f.

2) Diese Einschlebung ist gerechtfertigt, da Nabholz ausdrücklich festhält, dass der Ablauf einer bestimmten Frist eine begriffsnotwendige Voraussetzung für die Verwirkung bilde; siehe dazu Nabholz, S. 72.

3) Zum Verwirkungsbegriff nach deutschem Recht siehe die Ausführungen unten S. 191 ff.

4) Von Tuhr/Escher, S. 161 f: "In zahlreichen unter sich verschiedenen Fällen erlischt eine Forderung durch Verwirkung, d.h. dadurch, dass der Gläubiger innerhalb einer durch Gesetz oder Vertrag vorgeschriebenen Frist eine zur Erhaltung der Forderung nötige Handlung nicht vornimmt. Solche Fristen nennt man Präklusiv- oder Ausschluss-Fristen."

5) Von Büren, OR Allgemeiner Teil, S. 440 f; er führt dabei aus, dass Verwirkung und Verjährung sich im gleichen Recht ausschliessen.

Im Gegensatz dazu steht die Begriffsbestimmung von Merz: "Die Tatbestände der Verwirkung fassen als Sondergruppe jene Fälle unzulässiger Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens zusammen, in welchen der Zeitablauf eine massgebende, für sich allein aber nicht ausschlaggebende Rolle spielt. Der Rechtsinhaber setzt sich durch die heutige Rechtsausübung in Widerspruch mit seiner früheren Untätigkeit."⁶⁾ Merz zieht dabei eine deutliche Grenze zwischen der Verwirkung einerseits und den gesetzlichen und vertraglichen Ausschluss- oder Präklusionsfristen anderseits. Im gleichen Sinne wie bei Merz wird diese Trennung auch schon bei Blumenstein, Oser Schönenberger und Becker vorgenommen⁷⁾.

Eine vermittelnde Position findet sich im Lehrbuch von Guhl, Merz, Kummer vertreten: "Ausnahmsweise wird auch ausserhalb der gesetzlich oder vertraglich geregelten Tatbestände von Ausschluss- oder Verwirkungsfristen eine einzig auf Art 2 Abs 2 ZGB gestützte Verwirkung wegen rechtsmissbräuchlicher Untätigkeit des Rechtsinhabers angenommen. Er setzt sich durch die heutige Rechtsausübung in unvereinbaren Widerspruch mit früherer Untätigkeit (widersprüchliches Verhalten, venire contra factum proprium)."⁸⁾

Für unsere Arbeit möchten wir im folgenden den Begriff der Verwirkung so verstehen, wie er von Merz definiert worden ist, nämlich als Folge einer unzulässig verzögerten Rechtsausübung, wobei dem Zeitmoment eine massgebende, aber für sich allein nicht ausschlaggebende Rolle zukommt. In diesem Sinne findet der Begriff der Verwirkung auch durchwegs Anwendung in der schweizerischen arbeitsrechtlichen Literatur⁹⁾ und Judikatur¹⁰⁾.

6) Merz, Berner Kommentar, N 512 zu Art 2 ZGB.

7) Siehe dazu die Hinweise von Nabholz, S. 70, insbesondere Anm. 2.

8) Guhl/Merz/Kummer, S. 277.

9) Z. B. Rehbindler, S. 112; Hug in Botschaft 1967, S. 163.

10) Siehe dazu die später in diesem Kapitel aufgeführten Entscheide, namentlich BGE 91 II 262; ZR 47, S. 351; 42, S. 43; SJZ 36, S. 352; Gew. G. Bern, JB 1954, S. 13.

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verwirkung im allgemeinen

In der Regel unterliegt die Geltendmachung einer Forderung keiner anderen zeitlichen Beschränkung als der Verjährung¹¹⁾. Es müssen ausserordentliche Faktoren hinzutreten, um zusammen mit dem Zeitablauf den Untergang einer Forderung vor Eintritt der Verjährung bewirken zu können. – Der Kern der Verwirkung liegt nun – wie bereits oben dargelegt – darin, dass die spätere Rechtsausübung im Widerspruch steht zur früheren Untätigkeit des Gläubigers. Es liegt ein Fall des widersprüchlichen Verhaltens im Sinne des "venire contra factum proprium" und damit einer der "typischen Missbrauchstatbestände" vor¹²⁾. Nun ist allerdings hervorzuheben, dass nicht jede Geltendmachung einer Forderung nach einer längeren Zeit der Untätigkeit als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden darf; das Gegenteil ist richtig: nur in Ausnahmefällen können besondere Umstände dazu führen, dass der ausserordentliche Rechtsbehelf¹³⁾ von Art 2 Abs 2 ZGB positivrechtliche Normen, wie hier die Verjährungsfristen gemäss Art 127 ff OR praktisch ausser Kraft zu setzen vermag. Das Bundesgericht hat dazu folgendes ausgeführt: "Eine Verwirkung tritt nur dann ein, wenn die Geltendmachung solcher Ansprüche ... nach den gegebenen Umständen ungebührlich verzögert wird, so dass dem Pflichtigen die Nachzahlung nicht mehr oder nur in vermindertem Masse zuzumuten ist."¹⁴⁾ Mit der Einrede der Verwirkung kann der Schuldner besonders dann durchdringen, wenn sich die verzögerte Geltendmachung einer Forderung nicht anders als durch die Arglist des Berechtigten erklären lässt¹⁵⁾.

11) Von Tuhr/Escher, S. 211.

12) Guhl/Merz/Kummer, S. 277; Merz, Berner Kommentar, N 512 zu Art 2 ZGB; Tuor/Schnyder, S. 53.

13) Merz, Berner Kommentar, N 515 zu Art 2 ZGB: "Die Verwirkung ist ein ausserordentlicher Rechtsbehelf, der mit grosser Zurückhaltung und nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, gewährt werden darf."

14) BGE 91 II 262.

15) Siehe zu Art 2 ZGB Guhl/Merz/Kummer, S. 277; Merz, Berner Kommentar, N 523 f sowie die dort angeführten Entscheide.

Wir können hier auch die "berühmten drei Voraussetzungen für die Verwirkung"¹⁶⁾ erwähnen, die gemäss deutscher Rechtsprechung nachzuweisen waren: "Erstens muss der Gläubiger mit der Geltendmachung seines Anspruchs zulange gewartet, den Anspruch also verschwiegen haben; zweitens muss der Schuldner aus diesem untätigen Verhalten begründeter Weise zu der Schlussfolgerung bestimmt worden sein, der Gläubiger werde sein Forderungsrecht überhaupt nicht mehr geltend machen (Feststellung eines Widerspruchs zwischen dem vom Gläubiger bisher an den Tag gelegten und seinem jetzigen Verhalten); und schliesslich muss hinzukommen, dass dem Schuldner nach so langer Zeit nicht mehr zumutbar ist, die Forderung noch zu erfüllen."¹⁷⁾

Abgesehen von diesen allgemeingültigen Voraussetzungen kann sich der Eintritt der Verwirkung auch von der Natur des zur Frage stehenden Rechtsverhältnisses her entscheiden. So sind als Anwendungsgebiete namentlich das Arbeitsrecht, das Mietrecht, das Immaterialgüterrecht und das Wettbewerbsrecht bekannt¹⁸⁾. - Ferner kann im konkreten Einzelfall das zwischen den Parteien bestehende Verhältnis von ausschlaggebender Bedeutung sein. Insbesondere werden Auseinandersetzungen im Anschluss an ein mehrjähriges Dauerschuldverhältnis, das sich möglicherweise auch zu einem Vertrauensverhältnis entwickelt hat, anders zu beurteilen sein, als solche, die sich mit einem eher zufälligen, unbekannten Vertragspartner ergeben.

Da im Gegensatz zu den Ausschluss- oder Präklusionsfristen positivrechtliche Bestimmungen fehlen, muss die Frage nach dem Eintritt der Verwirkung mit Hilfe der allgemeinen Prinzipien von Treu und Glauben ge-

16) Endemann, S. 108.

17) In diesem Sinn auch Hueck/Nipperdey, Band II, S. 626 und Rewolle/Larenz, S. 174 f.

18) Guhl/Merz/Kummer, S. 277; Merz, Berner Kommentar, N 520 und 522 zu Art 2 ZGB. Die selbe Tendenz findet sich auch in der deutschen Rechtsprechung; siehe dazu die von Endemann, S. 107, aufgeführten Entscheide aus dem Miet- und Warenzeichenrecht.

funden werden; es müssen Kriterien und Begriffe wie "Zumutbarkeit", "unbillige Benachteiligung", "berechtigte Annahme", "arglistiges Verhalten" etc. beigezogen und vor allem die besonderen Umstände eines jeden Einzelfalles gebührend berücksichtigt werden.

Die Erwähnung der "besonderen Umstände" und der Prinzipien von Treu und Glauben erinnert uns an die in § 12 behandelte Frage betreffend den stillschweigenden Verzicht. Auch dort kam diesen Begriffen eine wichtige Bedeutung zu. Tatsächlich liegen die zu beurteilenden Sachverhalte jeweils sehr nahe beisammen. Dies hat dazu geführt, dass in der Praxis die Abgrenzung zwischen dem stillschweigenden Verzicht und der Verwirkung häufig zu wenig deutlich oder überhaupt nicht vorgenommen wurde¹⁹⁾. Wie später noch gezeigt werden soll, können gerade im Bereich der arbeitsrechtlichen Judikatur zahlreiche Beispiele namhaft gemacht werden, in denen die Begriffe Verzicht (durch Stillschweigen) und Verwirkung nicht auseinander gehalten werden.

Die Rechtsfolge der Verwirkung ist allerdings dieselbe wie jene einer Verzichtsvereinbarung; in beiden Fällen wird der völlige Untergang eines Anspruchs bewirkt²⁰⁾. Die Forderung besteht auch nicht mehr als bloss unvollkommene, d. h. erfüllbare, aber nicht klagbare Obligation weiter, wie dies nach Eintritt der Verjährung der Fall ist²¹⁾. – Der Richter hat, sobald er Kenntnis von einem entsprechenden Sachverhalt erhält, den Eintritt der Verwirkung von Amtes wegen – also unabhängig von einer Parteieinrede – zu beachten²²⁾.

19) Merz, Berner Kommentar, N 514 zu Art 2 ZGB: "Notwendig, aber nicht immer einfach, ist die (namentlich in der älteren Praxis gelegentlich verwischte) Abgrenzung (der Verwirkung, d. V.) vom Verzicht." Bezüglich der deutschen Praxis siehe z. B. Weder, S. 218: "Häufig wird der ... stillschweigende Verzicht mit der Verwirkung verwechselt." – Vgl. dazu auch unsere Ausführungen oben S. 181 und S. 207.

20) Guhl/Merz/Kummer, S. 278.

21) Guhl/Merz/Kummer, S. 45.

22) BGE 94 II 5.

III. Die Frage der Verwirkung im deutschen Tarifrecht

In der deutschen arbeitsrechtlichen Literatur und Judikatur wird das Problem der Verwirkung sehr häufig behandelt. Die Diskussion hat sich nach der Aufnahme des Verwirkungsverbotes in § 4 Abs 4 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) von 1949 noch verstärkt. Wir glauben, aus der nachstehenden Darlegung der in der deutschen Lehre entstandenen Kontroverse einige nützliche Erkenntnisse für das schweizerische Recht gewinnen zu können.

1. Die Bestimmung von § 4 Abs 4 TVG²³⁾

Das deutsche Tarifvertragsgesetz, das am 22. April 1949 in Kraft getreten ist, enthält in § 4 Abs 4 folgende Bestimmung:

"Ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte ist nur in einem von den Tarifparteien gebilligten Vergleich zulässig. Die Verwirkung von tariflichen Rechten ist ausgeschlossen. Ausschlussfristen für die Geltendmachung tariflicher Rechte können nur im Tarifvertrag vereinbart werden."

Wir können hier folgendes festhalten:

1. Im Unterschied zum schweizerischen enthält das deutsche Recht bezüglich der Ansprüche aus einem Tarifvertrag (GAV) ein zeitlich unbeschränktes Verzihtsverbot²⁴⁾. Es besteht jedoch folgende Ausnahme: Ein Verzicht auf tarifliche Ansprüche ist dann gültig, wenn er im Rahmen eines Vergleichs²⁵⁾ (zwischen Arbeitgeber und

23) Eine eingehende Kommentierung dieser Bestimmung findet sich bei Hueck/Nipperdey, Band II, S. 615 f.

24) Dagegen fehlt bis heute ein entsprechendes Verzihtsverbot im allgemeinen deutschen Arbeitsvertragsrecht.

25) Einen derartigen Verziht bezeichnen Hueck/Nipperdey, Band II, S. 620 ff, als "Vergleichsverziht". Ein Vergleichsverziht liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen eines Vergleichs auf Ansprüche verzihtet, deren Bestand unbestritten ist. Kein Vergleichs-

Arbeitnehmer) erfolgt ist und von den Tarifparteien (den Verbänden) vorgängig oder nachträglich gebilligt wird.

2. Bezüglich der Forderungen aus einem Tarifvertrag enthält das deutsche Recht neben dem Verzichtsverbot auch ein ausdrückliches Verwirkungsverbot. Allerdings sind die Tarifparteien ermächtigt, im Rahmen des Tarifvertrags Ausschlussfristen²⁶⁾ für die Geltendmachung tariflicher Rechte zu vereinbaren.

Im folgenden soll nun näher auf das deutsche Verwirkungsverbot eingegangen werden.

2. Die Möglichkeit einer "Verwirkung" trotz § 4 Abs 4 TVG

Die in Deutschland nach dem Inkrafttreten des TVG entstandene Streitfrage liesse sich etwa wie folgt formulieren: Bleibt trotz der Einführung des Verwirkungsverbotes von § 4 Abs 4 TVG noch Raum für eine Einrede des Schuldners (des Arbeitgebers), die verspätete Geltendmachung einer Tarifforderung widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben und müsse daher abgewiesen werden?

In dieser Kontroverse finden wir Hueck/Nipperdey als prononcierte Vertreter der einen Position²⁷⁾. Ausgangspunkt ihrer Argumentation bildet die Feststellung, dass Rechtsprechung und Lehre stets zwischen dem Oberbegriff der "unzulässigen Rechtsausübung" und dem Sonderfall "Verwirkung" unterschieden und einen Sachverhalt "jeweils getrennt und unter Verwendung verschiedener tatsächlicher und rechtlicher Voraussetzungen"

verzicht liegt vor, wenn die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben eine Ungewissheit über den Bestand, d.h. über "die tatsächlichen Voraussetzungen des tariflich gestalteten Anspruchs" beseitigen.

- 26) Gemeint sind damit zeitlich genau bestimmte Ausschluss- oder Prae-kusionsfristen. Zum Unterschied zwischen Praeclusion und Verwirkung siehe die Ausführungen auf S. 185 f.

- 27) Hueck/Nipperdey, Band II, S. 626-629.

geprüft hätten. Auch wenn die Verwirkungseinrede nun verboten sei, bleibe Raum für die Einwendung, der "gegenwärtigen (allgemeinen) Arglist" oder der "unzulässigen (unrichtigen) Rechtsausübung". Diese Einreden würden dann durchgreifen, wenn "das gegenwärtige Verhalten des einen Teils, namentlich mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten, gegen Treu und Glauben verstosse, wenn insbesondere die Geltendmachung eines Anspruchs im Hinblick auf das bisherige Verhalten so sehr dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstrebe, dass die Ausübung des Rechts als unzulässig erscheine". Der Unterschied zu der durch § 4 Abs 4 TVG ausgeschlossenen Verwirkung bestehe darin, dass hier nicht das Zeitmoment (die Verspätung) und auch nicht die Unzumutbarkeit gegenüber dem Schuldner in den Vordergrund trete, sondern dass es auf das "gröblich unanständige Verhalten" des Gläubigers ankomme. Wenn auch Ueberschneidungen denkbar seien und eine Abgrenzung zwischen Verwirkung und anderen Formen der "unzulässigen Rechtsausübung" (Rechtsmissbrauch, Arglist) in der Praxis Schwierigkeiten bieten könnte, "so habe dies Rechtslehre und Praxis nicht veranlassen können, die klare rechtstheoretische Scheidung beider Rechtsinstitute aufzugeben".

Die Gegenmeinung wird sehr engagiert von Endemann vertreten²⁸⁾: Vor-erst gibt er zu, dass man sich in der massgebenden Literatur und Rechtsprechung darüber einig sei, dass dem Arbeitgeber auch nach Einführung des Verwirkungsverbotes weiterhin die Einrede zur Verfügung stehe, der Anspruch sei hinfällig geworden, weil sich der Arbeitnehmer arglistig oder doch zumindest illoyal verhalten habe. Es frage sich nun jedoch, wodurch sich der demnach erlaubte Einwand der Arglist vom verbotenen Verwirkungseinwand in Wirklichkeit unterscheide. Es würde hier eine "spitzfindige" Differenzierung vorgenommen, die der Gesetzgeber nicht gewollt habe. Der Verwirkungsbegriff sei weiter auszulegen, die Verwirkung bilde "begrifflich einen Gesamtkomplex", der die umstrittene

28) Endemann, S. 106-111; er beruft sich dabei vor allem auf den Aufsatz von Joachim "Die Einrede der Arglist gegenüber Tarifansprüchen", in RdA 1954, S. 1 ff.

"unzulässige (arglistige, d. V.) Rechtsausübung" mitumfasse. Alle Einwendungen, die sich auf Treu und Glauben berufen, müssten deshalb generell ausgeschlossen werden, denn in solchen Fällen (Geltendmachung tariflicher Ansprüche) liege es nahe, "um des übergeordneten sozialen Schutzzweckes willen, selbst ein illoyales Verhalten des Rechtsinhabers innerhalb des betreffenden Rechtsverhältnisses als wirksam anzuerkennen". Endemann schreibt am Schlusse seiner Ausführungen: "Mir scheint die Annahme, dass das Tarifvertragsgesetz ganze Arbeit leistet, d. h. sich durch sein Verbot einer Verwirkung von Tarifansprüchen aus dem Tummelfeld von Treu und Glauben und dem dort üppig wuchernden Gestrüpp von letzthin nur subjektiv bestimmten Rechtstatsachen völlig zurückziehen wollte, denn doch weitaus vernünftiger und somit einleuchtender zu sein."

Müssten wir in dem hier dargelegten Streit entscheiden, würden wir weitgehend die Ansichten von Hueck/Nipperdey teilen. Das dort vorgetragene Argument²⁹⁾, der Gesetzgeber könne nicht für ein bestimmtes Teilgebiet der Rechtsordnung den Grundsatz von Treu und Glauben völlig ausschliessen, scheint uns überzeugend.

3. Folgerungen für das schweizerische Arbeitsrecht

Die eben dargelegte Kontroverse bezüglich der Auslegung von § 4 Abs 4 TVG ist im schweizerischen Arbeitsrecht in dieser Form nicht bekannt, da wir weder im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht noch im GAV-Recht ein gesetzliches Verwirkungsverbot kennen. Dennoch können wir aus der deutschen Diskussion einige nützliche Erkenntnisse gewinnen:

Aus dem gesetzlichen Verzichtsverbot an sich lässt sich nicht gleichzeitig (implicite) auch ein Verwirkungsverbot ableiten³⁰⁾. Beim Verwir-

29) Hueck/Nipperdey, Band II, S. 668.

30) Hueck/Nipperdey, Band II, S. 628, Anm. 13: "Auch die Unabdingbarkeit gebietet den Ausschluss der Verwirkung nicht zwingend."

kungsverbot handelt es sich um eine zusätzliche Schutzbestimmung (zu Gunsten des Arbeitnehmers), die der Gesetzgeber – wie z. B. im deutschen Recht – neben das Verzichtsverbot stellen kann. Jeder Versuch, bei uns aus Art 341 OR ein Verwirkungsverbot abzuleiten, müsste scheitern; die Zulassung der Verwirkungseinrede gestützt auf Art 2 Abs 2 ZGB steht nicht im Gegensatz zum Verzichtsverbot.

De lege ferenda kann für das schweizerische Recht festgehalten werden, dass mit der Ausschaltung der Verwirkungseinrede nicht sehr viel gewonnen wird, denn es würde sich auch bei uns gleich die schwierige Frage nach der Abgrenzung³¹⁾ zwischen der Verwirkung einerseits und den weiteren Formen des Rechtsmissbrauchs anderseits stellen.

Schliesslich kann für unsere Praxis die Begründung, die zur Aufnahme des Verzichtsverbotes in das deutsche TVG geführt hat, ein Warnsignal sein. Mit dem Ausschluss der Verwirkungseinrede wollte man vor allem die Diskussion um das bei der Verwirkung massgebliche Zeitmoment ausschalten oder zumindest dessen ausschlaggebende Wirkung einschränken³²⁾. In der älteren deutschen Rechtsprechung sind vor der Einführung des Verwirkungsverbotes in einzelnen Fällen beinahe groteske Versuche unternommen worden, allgemeine Regeln zu finden, wie lange eine Verspätung noch zuzulassen und wann sie illoyal sei³³⁾. Es ist deshalb verständlich, wenn Dersch von einem eigentlichen "Verwirkungsspuk"

31) In einem von Endemann, S. 110, Anm. 23, zitierten Entscheid des Landesarbeitsgerichts Frankfurt (SlgArbrEntsch 1953, Nr. 50) werden die Schwierigkeiten hervorgehoben, die sich bei der Abgrenzung von Verwirkungsrede einerseits und Arglistenrede anderseits ergeben. Das Gericht kommt zum Schluss, dass zwischen den beiden Sachverhalten lediglich ein "gradueller" Unterschied bestehe.

32) Hueck/Nipperdey, Band II, S. 628: "Die Unbestimmtheit nach welcher Zeit die Verwirkung eintreten soll, hatte in der Vergangenheit oft zu Schwierigkeiten und zur Rechtsunsicherheit geführt. Das hat der Gesetzgeber ausschliessen wollen."

33) Als Beispiel führt Endemann, S. 109 eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Hannover vom 12. Januar 1950 an, in der das Gericht die Meinung vertritt, als "rechtzeitig" sei ein Zeitraum von drei Monaten anzusehen, zumal viele Tarifverträge und Tarifordnungen "ähnliche" Bestimmungen enthielten.

sprechen konnte³⁴⁾. Für die schweizerische Rechtsprechung mag diese Erkenntnis Anlass geben, bei der Zulassung der Verwirkung dem Zeitpunkt nicht eine ausschlaggebende Rolle beizumessen, sondern die andern Aspekte, nämlich die Frage nach der Unzumutbarkeit für den Schuldner und die Frage nach dem Vorliegen eines arglistigen Verhaltens des Gläubigers mitzubersichtigen.

IV. Die Verwirkung im Bereich des Arbeitsrechts

1. Die besonderen Gegebenheiten im Arbeitsverhältnis

Die besonderen Gegebenheiten im Arbeitsverhältnis, bzw. im Arbeitsvertragsrecht sprechen einerseits für und andererseits gegen die Möglichkeit eines raschen Eintritts der Verwirkung:

Gegen die Annahme einer Verwirkung schon bald nach Ablauf der Nachfrist von Art 341 OR spricht insbesondere die durch das gesamte Arbeitsrecht verlaufende Tendenz, dem Arbeitnehmer einen möglichst weitgehenden Schutz gewähren zu wollen. Wenn der Gesetzgeber durch verschiedene Bestimmungen (z.B. durch die Art 321c, 323a, 323b, 327a, 329d, 341, 361, 362 OR) Umfang und Bestand der Arbeitnehmerforderungen besonders schützen will, dürfen diese Vorschriften nun nicht auf dem Umweg einer allzu bereitwilligen Anwendung von Art 2 Abs 2 ZGB umgangen werden³⁵⁾. Deshalb haben die Gerichte dort, wo es um unabdingbare Forderungen ging, namentlich wo Ansprüche aus GAV oder Handelsreisendenvertrag zur Diskussion standen, die Verwirkungseinrede häufig

34) Zit. nach Endemann, S. 108.

35) Vgl. hierzu das Urteil des Gew.G. Bern, SJZ 18, S. 91 ff sowie das Urteil des Gew.G. Zürich, ZR 47, S. 340.

zurückgewiesen³⁶⁾. - Gegen die unverzügliche Annahme einer Verwirkung wird auch das Argument der Rechtssicherheit ins Feld geführt, so beispielsweise in einem Urteil des Gewerbegerichts Zürich³⁷⁾: "Der Gesetzgeber hat die Verjährungsfristen aufgestellt, um die im Verkehr notwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Auf eine solche unverbrüchliche Ordnung müssen sich der Dienstherr und der Dienstnehmer verlassen können."³⁸⁾ Das Gericht fährt dann weiter fort: "Der Dienstherr soll nur während fünf Jahren mit Forderungen des Dienstpflichtigen rechnen müssen, der Dienstpflichtige soll aber auch berechtigt sein, seine Forderungen innert fünf Jahren durchzusetzen." Dieses Zitat ruft uns eine weitere Besonderheit des Arbeitsvertragsrechts, die hier an Bedeutung gewinnt, in Erinnerung, nämlich die Tatsache, dass für Arbeitnehmerforderungen gemäss Art 128 Zif. 3 OR eine reduzierte Verjährungsfrist³⁹⁾ von lediglich fünf Jahren besteht. Diese Sonderregelung muss im Hinblick auf unsere Frage beachtet werden, weil es als allgemeine Regel gilt, dass für eine Verwirkung umso weniger Raum bleibe, als "verhältnismässig kurze, gesetzliche ... Fristen vorliegen"⁴⁰⁾.

Das Arbeitsrecht ist nun aber andererseits auch als typisches Anwendungsgebiet der Verwirkungseinrede bekannt⁴¹⁾. Dieser Umstand lässt sich wie folgt erklären: Der Kern der Verwirkung besteht allgemein darin, dass es dem Schuldner nicht zugemutet werden soll, auf eine verspätet geltend gemachte Forderung einzutreten, weil er sich nach Treu und Glauben in Anbetracht des Verhaltens des Gläubigers nicht mehr auf

36) Siehe dazu folgende Urteile: BGE 97 II 109, 86 II 156, 81 II 633 f, 79 II 206; Gew.G. Zürich, ZR 42, S. 42, JB 1958, S. 71; Appellationsgericht des Kantons Bern, SJZ 36, S. 351 ff.

37) ZR 47, S. 340.

38) In diesem Sinne auch Endemann, S. 108.

39) Die ordentliche Verjährungsfrist gemäss Art 127 OR beträgt zehn Jahre.

40) Merz, Berner Kommentar, N 513 zu Art 2 ZGB. Die gleiche Meinung wird auch in der deutschen Praxis vertreten; siehe dazu Re-wolle/Larenz, S. 176 f.

41) Vgl. S. 188.

eine spätere Inanspruchnahme einrichten musste⁴²⁾. Diese Unzumutbarkeit dürfte nur selten dann bestehen, wenn es sich um eine einzelne, klar umschriebene und beiden Seiten bekannte Forderung aus einem einmaligen Rechtsgeschäft handelt; in einem solchen Fall hat sich der Schuldner wohl immer auch auf eine spätere Geltendmachung der Forderung einzurichten. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn es um eine Vielzahl verschiedenartiger Ansprüche geht, die im Verlaufe eines längeren Zeitraumes entstanden sind⁴³⁾. Dies ist namentlich beim Arbeitsverhältnis der Fall: Während einer längeren, meist mehrjährigen Zeitdauer entstehen Forderungen aller Art, die von den Vertragsparteien unterschiedlich bewertet und zum Teil vernachlässigt oder übersehen werden. Oft wird es vorkommen, dass ein Arbeitgeber glaubt, einzelne Forderungen seien bereits früher abgegolten oder verrechnet worden. Damit werden jene Fälle verständlich, da er dem Arbeitnehmer eine Schlussabrechnung vorlegt, die entgegen seiner Annahme nicht alle fälligen Forderungen miteinschliesst. Macht nun ein Arbeitnehmer, der sich anfänglich nicht weiter um seine Ansprüche gekümmert hat, nach Jahr und Tag solche "übersehene" oder "vergessene" Nachforderungen geltend, so kann tatsächlich Anlass bestehen, dieses Vorgehen unter dem Aspekt der Verwirkung zu überprüfen. Im folgenden soll nun etwas näher auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen werden, die für den Eintritt der Verwirkung erforderlich sind.

2. Das Zeitmoment

In jedem Fall wird im Zusammenhang mit der Verwirkung mehr oder weniger stark das Zeitmoment im Vordergrund stehen. Die Verwirkungseinrede drängt sich jeweils auf gegenüber einer "unbillig verzögerten oder verspäteten" Geltendmachung eines Rechtsanspruchs.

42) Vgl. oben S. 187 ff und unten S. 202 f.

43) Siehe dazu Merz, Berner Kommentar, N 521 f zu Art 2 ZGB.

Wenn wir hier eine unbillige Verzögerung oder Verspätung als Voraussetzungen für eine Verwirkungseinrede bezeichnen, so müssen wir vorerst auf folgende Frage eintreten: Wie lange darf man mit der Geltendmachung eines Anspruchs zuwarten? Oder anders: Wann muss sich der Gläubiger (Arbeitnehmer) den Vorwurf gefallen lassen, er habe mit der Geltendmachung zu lange gewartet, er habe sie ungebührlich lange hinausgezögert?

Grundsätzlich steht einem Gläubiger die gesamte Verjährungsfrist zur Verfügung⁴⁴⁾; im Bereich des Arbeitsvertragsrechts gemäss Art 28 Ziff. 3 OR also eine Frist von fünf Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt an, da die Forderung fällig geworden ist⁴⁵⁾. Nach dem Eintritt der Verjährung kann der Anspruch vom Arbeitnehmer nicht mehr durchgesetzt werden; eine Verwirkungseinrede wäre von diesem Zeitpunkt an obsolet.

Wann tritt nun aber die Verwirkung vor Ablauf der Verjährungsfrist ein? – Irgendwelche vorausbestimmten, gesetzlichen Fristen bestehen nicht⁴⁶⁾. Die Frage, ob der Gläubiger mit seiner Nachforderung zu lange zugewartet habe, kann nur unter Berücksichtigung der konkreten

44) Vgl. S. 187.

45) Diese Frist darf gemäss Art 129 OR von den Beteiligten weder verlängert noch verkürzt werden. – Des weiteren besitzt auch die Bestimmung von Art 341 OR keinen Einfluss auf die Geltung der Verjährungsfristen. Es kann also eine Forderung aus Arbeitsvertrag ohne weiteres bereits während der Dauer des Anstellungsverhältnisses verjähren. Dies gilt auch für die unabdingbaren Forderungen. Wenn auch der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht rechtsgültig verzichten kann, heisst das nicht auch gleichzeitig, er könne während dieser Frist die Forderung nicht verjähren lassen. Einer anders lautenden Meinung liesse sich mit Hilfe eines Umkehrschlusses aus Art 134 Zif 4 OR entgegenreten: In dieser Bestimmung wird der einzige Ausnahmefall geregelt, wo das Andauern des Arbeitsverhältnisses den Eintritt der Verjährung verhindert (Forderungen des in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber lebenden Arbeitnehmers).

46) Der hier zur Anwendung gebrachte Begriff der Verwirkung wurde ja gerade aus der Abgrenzung zu jenen Fällen unzulässiger Rechtsausübung gewonnen, da solche Fristen vom Gesetz bestimmt werden (Praeklusion, Ausschlussfristen). Vgl. S. 185 .

Umstände im Einzelfall entschieden werden. Das Zeitmoment hat eine Bedeutung nur in Verbindung mit weiteren Faktoren, deren Vorliegen geprüft werden muss. Siehe dazu die beiden folgenden Abschnitte:

3. Die Unzumutbarkeit für den Schuldner (Arbeitgeber)

Die Unzumutbarkeit der nachträglichen Erfüllung einer verzögert geltend gemachten Forderung wird von vielen, namentlich auch von zahlreichen deutschen Autoren als unerlässliche Bedingung für das Vorliegen einer Verwirkung betrachtet⁴⁷⁾. Auch bei Merz wird dieses Element in die Begriffsbestimmung der Verwirkung miteinbezogen; es findet sich in seinem Kommentar eine treffende Umschreibung der Unzumutbarkeit: "Für den Verpflichteten bedeutet die verspätete Geltendmachung eine unbillige Benachteiligung, die ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte."⁴⁸⁾ Die Unzumutbarkeit setzt sich demgemäss aus zwei Komponenten zusammen, nämlich aus der Benachteiligung des Schuldners an sich sowie aus der Unbilligkeit dieser Benachteiligung. — Selbstverständlich kann nur der gutgläubige Schuldner den Einwand der Unzumutbarkeit erheben. Ein Arbeitgeber etwa, der bei der Schlussabrechnung einzelne Arbeitnehmerforderungen bewusst verheimlicht oder unterdrückt hat, darf die Verwirkungseinrede wohl nie in Anspruch nehmen.

Das Zuwarten mit der Inanspruchnahme des Schuldners (des Arbeitgebers) darf an sich nicht schon als Benachteiligung bewertet werden. Der Gläubiger (der Arbeitnehmer) hat grundsätzlich das Recht, aber nicht die Pflicht, eine Forderung unmittelbar nach Eintritt der Fälligkeit geltend zu machen. — Auch gewisse Umtriebe, die im Zusammenhang mit einer Nachforderung notwendig werden können, wie etwa die Suche nach älteren

47) Z.B. Flume, S. 122, sowie die in Abschnitt II dieses Kapitels zitierten Autoren.

48) Merz, Berner Kommentar, N 512 zu Art 2 ZGB.

Belegen, das Nachschlagen in der Lohnbuchhaltung oder Rückfragen bei Dritten, bleiben durchaus noch im Rahmen des Zumutbaren. – Eine eigentliche Benachteiligung, die hier ins Gewicht fällt, liegt dann vor, wenn dem Arbeitgeber Einbussen erwachsen, die ihn bei rechtzeitigem Vorgehen des Arbeitnehmers nicht getroffen hätten. Möglicherweise könnte ein Arbeitgeber geltend machen, er hätte die Forderung in einem früheren Zeitpunkt beispielsweise verrechnen können, oder das Schweigen des Arbeitnehmers habe ihn veranlasst, seinerseits auf die Erhebung gewisser Forderungen zu verzichten, oder er hätte dafür besorgt sein können, dass die jetzt erhobenen Ansprüche gar nicht erst hätten entstehen können⁴⁹⁾. Als typisches Beispiel, das deutlich macht, welche Probleme ein lange Zeit aufgeschobener Anspruch in der Praxis mit sich bringen kann, gilt die nachträgliche Ueberstundenforderung. In einem Urteil des Gewerbegerichts Zürich⁵⁰⁾ wird dazu ausgeführt: "Bei Ueberstundenprozessen spielt die Frage des Zeitpunktes der Geltendmachung eine grosse Rolle. Kann einerseits die nachträgliche Forderung einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen, so hat das Bundesgericht in seiner neueren Praxis⁵¹⁾ doch zutreffend ausgeführt, dass eine Reihe von Interessen und begründeten, am Ende aber enttäuschten Erwartungen den Arbeitnehmer dazu veranlassen können, die Frage erst relativ spät akut werden zu lassen (ein anderes ist natürlich die durch den Zeitablauf erschwerte Beweisbarkeit)." Auch aus der vergleichsweise umfangreicheren deutschen Rechtsprechung und Literatur wird ersichtlich, dass die Ver-

49) Siehe dazu beispielsweise die Klagebegründung in BGE 79 II 633: Der Arbeitnehmer macht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Entschädigung von Ueberstunden geltend. Der Beklagte wendet ein, er hätte Arbeitsrapporte verlangt, wenn er von derartigen Ansprüchen des Arbeitnehmers schon während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Kenntnis gehabt hätte. (Die Klage wurde jedoch entsprechend der früheren, restriktiven Anwendung von Art 2 Abs 2 ZGB trotzdem abgelehnt.)

50) Gew.G. Zürich, JB 1946, S. 11 ff.

51) Das Gericht meint hier allerdings die Praxis vor BGE 91 II 387 (siehe S. 202 f, insbesondere Anm. 57).

wirkungseinrede "am häufigsten gegenüber Ueberstundenforderungen angebracht wird"⁵²⁾.

In diesem Zusammenhang muss ergänzend auf einen Umstand hingewiesen werden, der auch im oben zitierten Urteil des Gewerbegerichts Zürich erwähnt wurde, nämlich auf das Problem der Beweisbarkeit derartiger Forderungen nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer. Einige Gerichte, die Art 2 Abs 2 ZGB nicht direkt zur Anwendung bringen wollten, haben einen der Billigkeit genügenden Entscheid in solchen Fällen auf dem Weg einer entsprechenden Verteilung der Beweislast gefunden. Dies zeigt sich beispielsweise aus den nachstehenden Ausführungen des gewerblichen Schiedsgerichts Basel: "Werden vom Arbeitnehmer nicht ausdrücklich angeordnete oder anerkannte Ueberstunden nicht jeweils am folgenden Zahltag geltend gemacht, sondern erst nachträglich (meist erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses), so sind an den Beweis (dieser Ueberstunden, d. V.) strengere Anforderungen zu stellen, da dem Arbeitgeber bei diesem Verhalten des Dienstpflichtigen die Nachkontrolle der Dauer und Notwendigkeit der Ueberzeitarbeit ungebührlich erschwert wird."⁵³⁾ Nachdem das Gericht hier den Begriff der "ungebührlichen Erschwerung" verwendet hat, wäre es nahe gelegen, den fraglichen Sachverhalt auch unter dem Aspekt der Verwirkung (der Ueberstunden-Forderungen) gemäss Art 2 Abs 2 ZGB zu überprüfen.

Trotz aller Beachtung der besonderen Situation des Arbeitnehmers dürfen und müssen bei der Anwendung von Art 2 Abs 2 ZGB auch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in Betracht gezogen werden⁵⁵⁾.

52) Vgl. hierzu Rewolle/Lorentz, S. 177.

53) BJM 1962, S. 132.

54) Siehe dazu Tuor/Schnyder, S. 53; Merz, Berner Kommentar, N 523 zu Art 2 ZGB; BGE 59 II 392 f.

55) Siehe Botschaft 1967, S. 36: "Wohl hat das Arbeitsvertragsrecht die berechtigten Interessen des in fremdem Dienst arbeitenden Menschen zu sichern und zu schützen, weil das Arbeitsverhältnis den Einsatz seiner Person verlangt und dadurch seine persönliche Lebensgestaltung weithin bestimmt wird. Aber es hat auch die berechtigten In-

So erfordert die Führung eines Geschäftsbetriebes die Klarstellung der Aktiven und Passiven von Jahr zu Jahr, ja von Monat zu Monat⁵⁶⁾. Die genaue Kenntnis der Lohnforderungen (inkl. Ueberstunden, Nachtarbeitsstunden, Auslagen etc.) ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Arbeitgeber diese Aufwendungen seinen Kunden weiterbelasten will (Preiskalkulation). Diesen Ueberlegungen trägt denn auch die neuere Judikatur Rechnung. Hierbei sei namentlich auf das Urteil des Bundesgerichtes vom 5. Oktober 1965 verwiesen, in welchem das Gericht ausdrücklich Abstand nimmt von seiner bis anhin sehr zurückhaltenden Praxis bei der Anwendung von Art 2 Abs 2 ZGB⁵⁷⁾. Es führt dazu aus: "Trotz der bevorzugten Stellung, die diese Regelung (die zwingende Bestimmung von Art 13 HRAG in Verbindung mit Art 19 HRAG, d. V.) ihm (dem Reisenden, d. V.) einräumt, darf und muss ihm jedoch zugemutet werden, den vom Gesetz ebenfalls als schutzwürdig anerkannten Interessen des Arbeitgebers an einer klaren Lage in billiger Weise Rechnung zu tragen. Der Reisende darf deshalb nicht beliebig lange schweigen, wenn er die vereinbarte Vergütung als unzureichend erachtet ..., das ergibt sich aus dem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ... und entspricht dem Grundgedanken des Art 4 Abs 1 HRAG über die Treue- und Sorgfaltspflicht des Reisenden." Folgerichtig wurde denn auch der Anspruch des Reisenden nicht geschützt, da seine Nachforderung (nach der vorbehaltlosen Entgegennahme von Art 13 HRAG widersprechenden Auslagevergütungen während 3 1/2 Jahren) als mit Treu und Glauben unvereinbar und offenbar rechtsmissbräuchlich betrachtet wurde. — Uns scheint, dass diese Praxis bezüglich der unabdingbaren Forderungen aus dem früheren HRAG ohne weiteres auf sämtliche zwingenden Normen des

Fortsetzung Anmerkung 55)

teressen des Arbeitgebers wahrzunehmen, weil es eine gerechte Ordnung zu schaffen hat, die auf einer objektiven Abwägung der Interessen beider Parteien beruht."

56) Vgl. hierzu die Ausführungen S. 28 f.

57) BGE 91 II 387: "In diesem Sinne ist die bisherige Rechtsprechung, die der Anwendung dieser Bestimmung (Art 2 Abs 2 ZGB, d. V.) im Bereiche des HRAG sehr enge Grenzen setzte (vgl. BGE 79 II 211 lit. e, 81 II 630 ff, 86 II 102), zu ändern."

Arbeitsvertragsrechts angewendet werden sollte. Das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das in der arbeitsvertraglichen Treue- und Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers noch weiter konkretisiert wird, gilt nämlich als Regel für alle Arbeitsverhältnisse.

4. Das illoyale Verhalten des Gläubigers (Arbeitnehmer)

Der Entscheid über Billigkeit oder Unbilligkeit der Benachteiligung des Arbeitgebers wird stets mitbeeinflusst werden von der Beurteilung des Verhaltens auf seiten des Arbeitnehmers. — Nach Monaten oder Jahren seit Vertragsauflösung ist die für das Arbeitsverhältnis typische Erscheinung⁵⁸⁾ der persönlichen, betrieblichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber nicht mehr vorhanden. Damit entfallen wohl sämtliche Gründe, die ein weiteres Zuwarten mit der Geltendmachung von Nachforderungen rechtfertigen könnten. Wenn nun ein Arbeitnehmer dennoch, sei es aus Nachlässigkeit oder aus Berechnung, den Arbeitgeber mit verspäteten Forderungen überfällt, so lässt sich dieses Vorgehen nicht mehr mit den Prinzipien von Treu und Glauben vereinbaren. In solchen Fällen, wo "das gegenwärtige Verhalten (des Arbeitnehmers, d.V.) gegen Treu und Glauben (gegen seine jetzige oder frühere Treuepflicht) verstösst, wo insbesondere die Geltendmachung eines Anspruchs im Hinblick auf das bisherige Verhalten so sehr dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstreitet"⁵⁹⁾, erscheint die Ausübung des Rechts unzulässig, und es muss dem Schuldner, d.h. dem Arbeitgeber die Einrede der Verwirkung offen stehen.

58) Siehe dazu S. 76 ff.

59) Hueck/Nipperdey, Band II, S. 629.

Beispiele für derartig illoyales Verhalten des Arbeitnehmers finden sich in der arbeitsrechtlichen Judikatur immer wieder. In einem Urteil des Gewerbegerichts Bern ist folgendes nachzulesen⁶⁰⁾: "Nun kommt es aber häufig vor, dass gewisse Arbeitnehmer aus Rachsucht oder auch nur im Bestreben, beim Austritt aus der Stelle noch möglichst viel zu gewinnen, gegenüber dem Arbeitgeber Forderungen stellen, die bereits vor Jahren fällig waren und innerlich auch vom Kläger längst abgeschrieben sein mögen. Jedermann, auch die urteilenden Gerichte, bezeichnen solche Forderungen sehr oft als unanständig oder moralisch verwerflich ...". Trotz dieser Erkenntnis kam es jedoch eher selten vor, dass sich die Gerichte bei der Ablehnung derartiger illoyaler Ansprüche direkt auf die Verwirkung gemäss Art 2 Abs 2 ZGB berufen haben. Zu den entsprechenden Urteilen, d.h. zur Abweisung der Klage des Arbeitnehmers gelangte man oft auf anderem Wege, so etwa durch die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes⁶¹⁾ oder durch einen - allerdings unzulässigen - Umkehrschluss aus Art 323 Abs 3 OR (1956)⁶²⁾.

Abschliessend darf unter diesem Abschnitt nochmals festgehalten werden, dass keine festen Einzelregeln bestehen, mit deren Hilfe das Vorliegen einer Verwirkung entschieden werden kann. Immer sind die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen. Im Sinne einer Gedankenstütze scheint es jedoch empfehlenswert, vor einem Entscheid jeweils den nachstehenden Katalog zu beachten. Demzufolge wäre eine Verwirkungseinrede etwa zulässig, wenn

- zwischen Fälligkeit und Geltendmachung der Forderung ein verhältnismässig langer Zeitraum liegt,

60) Gew. G. Bern, JB 1954, S. 12.

61) Z. B. in folgenden Urteilen: Gew. G. Bern, JB 1968, S. 26 ff; Gew. G. Zürich, ZR 40, Nr. 3/4; Handelsgericht St. Gallen, SJZ 28, S. 23 f.

62) Vgl. hierzu die von Schweingruber in der Gewerkschaftlichen Rundschau 1972, S. 155 ff ausführlich dargelegten Urteile sowie unsere Ausführungen S. 155 ff.

- eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber nicht mehr besteht,
- der Arbeitgeber durch die verspätete Nachforderung eine unbillige Benachteiligung erfährt.
- das Verhalten des Arbeitnehmers, bzw. die Motive, die ihn zu diesem Verhalten veranlasst haben, als gegen Treu und Glauben verstossend bezeichnet werden müssen.

In der Regel sollten sämtliche hier aufgezählten Voraussetzungen gemeinsam erfüllt sein. Allerdings darf eine Verwirkungseinrede auch dann zugelassen werden, wenn die einen Elemente zwar weniger stark hervortreten, die andern aber offensichtlich und ohne jeden Zweifel vorliegen.

V. Die Verwirkung und die Saldoquittung

Im vorausgehenden Abschnitt haben wir die auf Art 2 Abs 2 ZGB gestützte Verwirkungseinrede des Arbeitgebers gegenüber verspäteten Nachforderungen des Arbeitnehmers ganz allgemein behandelt. Im folgenden stellt sich nun die Frage, ob in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer früher unterzeichneten Saldoquittung von Bedeutung sein könne.

Sofern eine gültige Saldoquittung vorliegt, die keine unabdingbaren Forderungen erfasst hat oder die andernfalls erst nach Ablauf der Sperrfrist unterzeichnet worden ist, stellt sich die Frage der Verwirkung gar nicht, denn sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers sind (bereits) durch Erlassvertrag untergegangen.

Anders verhält es sich im Falle einer ungültigen Saldoquittung: Ein gegen Art 341 OR verstossender Verzicht (Erlassvertrag) ist und bleibt unwirksam⁶³⁾, die unabdingbaren Forderungen bestehen nach wie vor. An und für sich kann der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung dieser

63) Vgl. S. 173.

Ansprüche so lange zuwarten, wie wenn er keine Saldoquittung unterzeichnet hätte. Diese Regel erfährt allerdings eine beachtenswerte Einschränkung: Die Unterzeichnung einer (an sich unwirksamen) Saldoquittung kann einen gutgläubigen Arbeitgeber in der Meinung bestärken, der Arbeitnehmer habe nach Entgegennahme des Schlussbetrages tatsächlich auf allfällige weitere Forderungen verzichten wollen, es sei deshalb nicht mehr mit späteren Nachforderungen zu rechnen. Macht nun der Arbeitnehmer nach einiger Zeit trotzdem gewisse Ansprüche geltend und erhebt der Arbeitgeber dagegen die Verwirkungseinrede, so kann auch der ungültigen Saldoquittung eine Bedeutung zukommen. Bei der Würdigung der gesamten Umstände des konkret zu beurteilenden Einzelfalles wird das widersprüchliche Verhalten des Arbeitnehmers ins Gewicht fallen⁶⁴⁾; die seinerzeit vorbehaltlose Unterzeichnung der Saldoquittung, das darauf folgende lange Zuwarten und dann die plötzliche Nachforderung (gestützt auf Art 341 OR) des Arbeitnehmers lassen sich nicht mehr mit den Prinzipien von Treu und Glauben vereinbaren und dürften deshalb in der Regel für die Zulassung der auf Art 2 Abs 2 ZGB gestützten Verwirkungseinrede sprechen. Zu beachten ist allerdings, dass die Saldoquittung nur dem gutgläubigen Arbeitgeber in diesem Sinn "nützen" kann; hat er seinerseits arglistig versucht – etwa durch Verschweigung oder durch Drohung – eine Saldoquittung auf illoyalem Weg vom Arbeitnehmer zu erschleichen, so würde sein eigenes Verhalten entgegen Treu und Glauben eine Berufung auf einen allfälligen Rechtsmissbrauch auf seiten des Arbeitnehmers ausschliessen.

In diesem Zusammenhang sei nochmals daran erinnert, dass eine ungültige Saldoquittung auch nicht durch Zeitablauf gültig werden kann⁶⁵⁾.

Eine Konvaleszenz durch Stillschweigen ist unvereinbar mit unserer Annahme, dass ein gegen Art 341 OR verstossender Erlassvertrag nicht als befristet anfechtbares, sondern als absolut nichtiges Rechtsgeschäft

64) Vgl. den Sachverhalt von BGE 81 II 627; hier wurde allerdings entsprechend der damaligen restriktiven Praxis kein Verstoß gegen Treu und Glauben angenommen.

65) Siehe S. 162 und 183 f.

zu betrachten sei. In diesem Sinn unterstützen wir Flume⁶⁶⁾, der für die deutsche Rechtsprechung vorschlägt, das Schweigen des Arbeitnehmers solle in der Regel nicht unter dem Aspekt des "stillschweigenden Verzichts", sondern als Element einer möglichen Verwirkung behandelt werden. Er führt unter anderem aus: "Unsere Rechtsprechung ist erfüllt von Beispielen, in denen eine stillschweigende Vereinbarung hypostasiert wurde, obwohl nur Rechtsfolgen von Rechts wegen, nämlich kraft Verwirkung in Frage kommen konnten."⁶⁷⁾ Auch unsern Gerichten könnte der Vorschlag gemacht werden, die Berufung auf Art 2 Abs 2 ZGB in gewissen Fällen etwas weniger restriktiv zu handhaben⁶⁸⁾ und dafür auf die jeweils mühsame Konstruktion eines beidseitig stillschweigend vereinbarten, nachträglichen Erlassvertrages zu verzichten.

Zusammenfassend kann die auf Art 2 Abs 2 ZGB gestützte Verwirkungseinrede als ein von Rechtsprechung und Lehre entwickeltes Mittel betrachtet werden, das einerseits wohl mit grosser Zurückhaltung anzuwenden ist, das jedoch anderseits in klarer und durchaus nicht konstruiert wirkender Art und Weise einen Ausgleich schaffen kann zwischen den berechtigten Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Insbesondere sollte die Verwirkungseinrede in jenen Fällen zugelassen werden, da ein starres Festhalten am Verzichtsverbot von Art 341 Abs 1 OR zu einer stossenden Ungerechtigkeit führen müsste.

66) Flume, S. 121 ff.

67) Flume, S. 123.

68) In diesem Sinne wohl auch Merz, Berner Kommentar, N 521 zu Art 2 ZGB im Zusammenhang mit dem Problem der Generalabrechnung.

Lebenslauf

Ich wurde am 4. Juni 1943 in Sins (AG) geboren. Nach der Primarschule besuchte ich das Gymnasium an der Stiftsschule in Engelberg und schloss dort 1963 mit der Matura Typus A ab. Im Sommersemester 1965 begann ich mein Studium an der iuristischen Fakultät der Universität Zürich. Im Juli 1970 promovierte ich zum Lizentiaten beider Rechte. Nach der Absolvierung eines Praktikums war ich in der zentralen Personalabteilung einer Grossbank tätig. Seit Anfang 1977 bin ich als Rechtskonsulent bei einer Zürcher Bank angestellt. Im November 1978 promovierte ich zum Doktor der Rechtswissenschaft.

